



O Incumprimento Eficiente do Contrato

*Dissertação de Mestrado em Ciências
Jurídico-Privatísticas pela Faculdade de Direito
da Universidade do Porto, sob a orientação da
Professora Doutora Rute Teixeira Pedro e
coorientação da Professora Doutora Mariana
Fontes da Costa.*

Sara Tatiana Batista Gomes

Porto, Setembro de 2018

RESUMO

A presente dissertação visa interpretar o conceito e alcance da Teoria do Incumprimento Eficiente do Contrato.

Pretende-se, ao longo do presente trabalho, descortinar o seu surgimento, as linhas condutoras e fundamentos do seu pensamento, assim como analisar em que parâmetros seria coadunável com o nosso ordenamento jurídico a implementação de tal conceito.

Para o efeito, iremos partir da origem da Teoria, passando por distinguir a mesma de figuras que a ela se assemelham em determinados aspetos. De seguida, faremos uma análise do nosso ordenamento jurídico, inteirando-nos dos principais entraves à aceitação da licitude dos comportamentos correspondentes a um incumprimento eficiente. Por último, partiremos de dois exemplos, os quais iremos solucionar tanto através da aplicação da Teoria do Incumprimento Eficiente, como à luz do nosso ordenamento jurídico e dos fundamentos legais presentes no nosso Código Civil, compreendendo as principais diferenças entre ambos, assim como as maiores fragilidades patentes na Teoria que nos propomos investigar.

Por fim, pretendemos ao longo da presente dissertação ir construindo uma linha lógica de raciocínio, sempre apoiada e fundamentada nos estudos elaborados pelos principais Autores inteirados do tema em análise, alcançando por fim uma conclusão relativamente à possibilidade ou impossibilidade de acolhimento da Teoria do Incumprimento Eficiente no ordenamento jurídico português.

ABSTRACT

The present essay aims to understand the concept and scope of the Efficient Breach of a Contract Theory.

During the elaboration of the present paper, we intent to uncover its first appearance, its guide lines and fundaments, as well as study a way of implementing this concept in our legal order.

With that purpose, we will begin with its origin, distinguishing several figures that can be considered similar with this Theory. Then, we'll analyze our legal framework, understanding its principal obstacles towards the acceptance of the legality of the Efficient Breach Theory. Last of all, we'll stem from two examples, which we'll solve by, on the one hand, applying the Theory of Efficient Breach and, on the other hand, in light of our judicial system and its legal grounds, presents on our Civil Code, gasping the principal differences between those two systems, as well as the principal Efficient Breach's weaknesses.

Finally, we aim to built, during the course of this essay, a logical reasoning that will be sustained by the studies of some principal Authors in this subject, with the goal of achieving a conclusion towards the possibility or impossibility of hosting the Efficient Breach Theory in the Portuguese judicial system.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	5
2. ORIGEM E NOÇÃO DO CONCEITO DE INCUMPRIMENTO EFICIENTE	7
3. DISTINÇÃO ENTRE FIGURAS.....	12
3.1. Incumprimento Oportunista	12
3.2. Incumprimento Redistributivo	14
3.3. Impossibilidade Superveniente da Prestação.....	14
4. O CONTRATO E A OBRIGAÇÃO DE CUMPRIMENTO NO NOSSO CÓDIGO CIVIL 16	
5. A RECUSA DA <i>CIVIL LAW</i> EM ACEITAR O INCUMPRIMENTO EFICIENTE.....	18
5.1. A Autonomia do Direito.....	18
5.2. Objeções Éticas e Morais	20
5.3. Tutela da Confiança/Certeza Contratual	23
5.4. A Decisão Judicativa	26
6. TESTANDO A TEORIA	29
6.1. O Problema.....	29
6.2. O sistema anglo-saxónico.....	30
6.3. A solução no sistema romano-germânico.....	34
6.4. Complexidade Prática da Indemnização	39
6.5. Limites à eficiência do incumprimento	43
7. INTERFERÊNCIA DE TERCEIROS	46
8. REFLEXÕES CONCLUSIVAS.....	50
BIBLIOGRAFIA	53
JURISPRUDENCIA	56

1. INTRODUÇÃO

Como ciência social que é, não poderia a Economia ser indiferente às diversas incidências do fenómeno contratual, sendo este o vínculo através do qual os indivíduos coordenam as condutas nas quais se traduz a atividade económica, sendo a via dominante para a produção e circulação da riqueza.

A Análise Económica do Direito surgiu como consequência do Realismo Jurídico norte-americano em reação ao doutrinarmismo de CHRISTOPHER COLUMBUS LANGDELL, jurista e professor de Direito que adotava uma versão juspositivista do direito consuetudinário anglo-saxónico –, visando afastar o formalismo jurídico exacerbado, na tentativa de encarar o mundo de forma mais realista e pragmática.

Tendo este objetivo em vista, a aplicação de métodos económicos – da microeconomia em especial – a questões legais, foi cada vez mais desenvolvida. Foi-se compreendendo, ao longo do tempo, que para uma compreensão plena do fenómeno jurídico e para que seus critérios de justiça sejam operacionais, são necessários não apenas fundamentos teóricos para a aferição de adequação entre a norma abstratamente aplicável e o caso em concreto, mas metodologias que contribuam significativamente para a compreensão de fenómenos sociais e que auxiliem a racionalização de decisões jurídicas.

A Análise Económica estende-se às mais variadas áreas do Direito, desde o Direito Constitucional, ao Processo Civil, ao Direito do Trabalho (entre outras). É no âmbito da análise económica do Direito Contratual que surge a Teoria do Incumprimento Eficiente do Contrato, que nos propomos a analisar na presente dissertação.

Sendo este um instituto originário da *common law* e do sistema jurídico anglo-saxónico, poderíamos afirmar à primeira vista que, no âmbito da *civil law* e do nosso sistema de cariz romano-germânico, não existe a consagração desta figura, nem tampouco uma norma de idêntica aplicação normativa.

Desta forma, iremos assim desenvolver, precisamente, a compreensão da Teoria do Incumprimento Eficiente, analisando as suas implicações práticas, assim como as soluções pela mesma apresentadas e em que termos se distinguem das soluções do nosso ordenamento jurídico.

Serão aqui abordadas as manifestações do Incumprimento Eficiente do Contrato no ordenamento jurídico português, com vista à compreensão da sua ilicitude (ou não) e em que termos poderia esta Teoria ser aplicável entre nós – se é que, ainda que de uma forma camuflada, não exista já uma figura semelhante.

2. ORIGEM E NOÇÃO DO CONCEITO DE INCUMPRIMENTO EFICIENTE

Tradicionalmente, a lei e a doutrina eram vistas como disciplinas distintas da análise económica, não se intercetando entre si. No entanto, a aplicação de princípios económicos na análise contratual é uma ideia que vem a ser abraçada e desenvolvida desde há mais de um século.¹

A Análise Económica do Direito surgiu então nos EUA², tendo-se a mesma desenvolvido a partir do seguinte pensamento: a economia domina o pensamento político. Sendo este o criador das leis – que não se confundem com o direito, mais amplo e mais denso – estas são hoje instrumentos de prossecução de uma determinada política de governo de Estado, refletindo necessariamente dados economicamente cunhados e procurando prosseguir determinados objetivos eficientistas.³

A Análise Económica do Direito não é movimento homogéneo e indivisível, sendo formada por determinado conjunto de Escolas (Escola de Chicago, de New Haven, da Public Choice e Comportamental) que podem ser agrupadas por observarem princípios semelhantes e procedimentos metodológicos comuns. Conforme a corrente teórica adotada, a aplicação dos instrumentos económicos a determinada situação pode levar até mesmo a resultados contrapostos. O diálogo entre Direito e Economia varia conforme a corrente teórica da Análise Económica do Direito, mas pode considerar que todas elas envolvem a alocação eficiente de recursos. Apesar das diversas correntes, todas elas fazem parte do mesmo movimento. A diferença entre as Escolas de pensamento consiste no modo de aplicação dos princípios económicos ao estudo do Direito, sobretudo levando em consideração o conceito de eficiência adotado por cada teoria, que pode ser entendido desde a maximização da riqueza até à busca do *bem-estar*.⁴

¹ Cfr. CRAIG S. WARKOL, “Resolving the Paradox between Legal Theory and Legal Fact: The Judicial Rejection of the Theory of Efficient Breach”, 20 *Cardozo L. Rev.* 321 (1998)

² Sobre este tema cfr. POSNER E LANDES, “The economic Structure of tort law”, *Harverd University Press*, United States of America, (1987), p.1 e ss – para uma perspetiva evolutiva da análise económica do direito aplicada à responsabilidade civil.

³ Cfr. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “A Recusa de Conformação do jurídico pelo económico: Breves Considerações a propósito da Responsabilidade Civil”, *Impactum Coimbra University Press*, pp. 638

⁴ Sobre as várias Escolas que estudam a Análise Económica do Direito pode ler-se: RONALD COASE, “The Problem of Social Cost”, *The Journal of Law and Economics*. Vol. 3. Charlottesville: University Of Virginia School of Law, 1960; FRANCESCO PARISI, “Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics”, *European Journal of Law and Economics*, vol. 18, p. 259–272, Amsterdão: Kluwer Academic Publishers, 2004, p. 264

Enquanto complementar da análise jurídica, a Análise Económica do Direito, em especial no direito contratual, faz ressaltar o inegável escopo utilitário que preside à decisão de contratar. Não é irrelevante para a análise económica a intenção jurídica de respeito pela autonomia das partes contratuais, assim como os objetivos de prevenção do dano que a desvinculação poderia causar à *confiança* dos credores, tutelando desta forma a confiança na própria imperatividade da norma jurídica (segurança jurídica).

Foi precisamente no âmbito do estudo da Análise Económica do Direito que, em 1897, no Supremo Tribunal de Justiça dos EUA, OLIVER WENDELL HOLMES, JR. afirmou: "A obrigação de manter um contrato no âmbito da *common law* significa determinar que deverão ser pagos os danos que decorrem do incumprimento, e nada mais!"⁵ Esta afirmação foi mais tarde formalizada na Teoria do Incumprimento Eficiente, conceito que foi inicialmente introduzido por ROBERT L. BIRMINGHAM, em "Breach of Contract, Damage Measures and Economic Efficiency", 24 *Rutgers L. Rev.* 273, (1970)⁶, tornando-se a mais conhecida e largamente criticada reclamação económica atinente à lei contratual.

A Teoria do Incumprimento Eficiente sugere que as partes que incumprem um contrato aumentam o *bem-estar* da sociedade desde que o seu benefício seja superior ao prejuízo causado à outra parte. Esta teoria incentiva uma parte contratual a incumprir a obrigação a que se encontrava adstrita desde que se encontre apta a compensar a outra parte e, ainda assim, conseguir obter um maior lucro do que se tivesse cumprido o contrato.⁷ Esta teoria procura assim a busca do *bem-estar*.

Por outras palavras, para a Teoria do Incumprimento Eficiente seja funcional, é necessário que incumprir o contrato seja tão benéfico para a parte que incumpre que esta possa indemnizar a outra parte de forma a que nenhuma fique economicamente pior do que se o contrato tivesse sido pontualmente cumprido. De facto, a parte que incumpre ficará melhor e a outra parte não ficará pior. Nestes casos, a teoria em análise dita que não só a lei não deverá punir a parte que incumpre, mas, pelo contrário, deve encorajá-la a fazê-lo.

⁵ Cfr. OLIVER WENDELL HOLMES, JR. "The Path of the Law", 10. Harv. L. Ver. 457, 462 (1987) – *The American Journal of Comparative Law* pp. 722 – Ob. Cit. "the duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it – and nothing else."

⁶ Cfr. IAN R. MACNEIL, "Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky", 68 *Va. L. Rev.* 947 (1982)

⁷ *Ibidem*.

Desta forma, prevenir-se-iam os custos e inconvenientes decorrentes do aparecimento de situações imprevisíveis que poderão ocorrer posteriormente à celebração de um contrato. Pelo contrário, as partes encontrar-se-iam aptas a simplesmente apoiar-se no incumprimento eficiente nos casos em que um problema deste tipo surge.

Partindo também da perspectiva do incumprimento eficiente do contrato, POLINSKY⁸ distingue três soluções distintas para corrigir este incumprimento e colocar o credor numa posição favorável: compensar as expectativas do credor que foram criadas pela promessa da outra parte, colocando-o na posição em que se encontraria se o contrato tivesse sido pontualmente cumprido (*expectation remedy*), compensar a confiança do credor colocando-o na situação em que estaria se o contrato nunca tivesse sido celebrado (*reliance remedy*) e, por último, a devolução da prestação efetuada pelo credor no âmbito da sua obrigação sinalagmática decorrente do contrato, partindo do pressuposto que o único benefício que este forneceu ao devedor foi ter cumprido a sua prestação e pago o valor devido em adiantado (*restitution remedy*). Importa também, a respeito das distintas compensações que acabámos de referir, distinguir dois conceitos relevantes: *interesse contratual positivo* e *interesse contratual negativo*, conceitos estes que iremos desenvolver na presente dissertação no subcapítulo 6.4., no que concerne à complexidade prática da indemnização.

Quando o carácter sinalagmático do contrato – decorrente de contratos que geram obrigações para ambas as partes - não se mantém, faltando uma das partes à obrigação a que se encontrava vinculada, dois problemas podem surgir: oportunismo e situações imprevisíveis.

Para ilustrar o que acabámos de referir, trazemos à colação o exemplo apresentado por POSNER⁹: A contrata B para construir uma casa efetuando o pagamento aquando da conclusão da obra. Enquanto a casa se encontra em construção e antes de qualquer pagamento, B encontra-se à mercê de A uma vez que para o mesmo seria muito complicado (especialmente se A fosse proprietário do terreno) vender a casa a outra pessoa qualquer se A decidisse não lhe pagar. Portanto, sem a existência de um contrato validamente celebrado, A poderia forçar B a descer o preço acordado inicialmente. Depois de a casa se encontrar concluída e A efetuar a sua prestação a B, os seus papéis revertem-se. A encontra-se agora à mercê de B pelo que a

⁸ Cfr. A. MITCHEL POLINSKY, “An Introduction to Law and Economics”, *Aspen Law & Business*, 2.ª Ed., pp. 31 e ss.

⁹ Cfr. RICHARD A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 8.ª Ed., Aspen Publishers, 2011

construção da casa não figurou como o fim da relação mas apenas o início, uma vez que A espera que a casa se encontre apta a que este possa usufruir da mesma durante vários anos. Se B tiver construído uma casa com má qualidade que se começa a degradar após poucos meses de uso, as expectativas de A serão defraudadas. Ou seja, se as prestações fossem totalmente simultâneas, a necessidade da proteção legal atribuída ao contrato não seria tão imperativa.

Para este autor um dos objetivos do contrato é impedir o comportamento oportunista de uma das partes em relação à outra, de forma a otimizar a atividade económica evitando comportamentos egoístas não eficientes.¹⁰ Uma das características do contrato é permitir a integração de lacunas, o que previne o comportamento oportunista. Isto acontece porque quanto mais longo for o período de duração do contrato mais difícil será para as partes preverem as várias situações que poderão afetar o seu cumprimento.

Uma importante classificação, neste âmbito, consiste em distinguir entre *prestações instantâneas* e *prestações duradouras*. Enquanto nas primeiras a execução ocorre num único momento (por exemplo, a entrega da coisa num contrato de compra e venda, artigo 879.º, b)), já nas segundas a execução prolonga-se no tempo em virtude de terem como conteúdo um comportamento de execução prolongada no tempo ou uma repetição sucessiva de prestações isoladas por determinado período de tempo (por exemplo, prestações atinentes a contratos de mútuo, de trabalho, de fornecimento como os de gás ou de água).¹¹ Assim, para que uma prestação seja considerada duradoura, é essencial que a sua realização global dependa do decurso de um período temporal durante o qual a prestação deve ser continuada ou repetida. Pelo contrário, as prestações instantâneas não têm o seu conteúdo e extensão delimitados em função do tempo.

Esta distinção ainda mais releva uma vez que as prestações duradouras implicam a atribuição de um regime especial de extinção aos contratos que as incluem. “O facto de os contratos se poderem prolongar no tempo implica que a lei deva assegurar também alguma limitação à sua duração, sob pena de a liberdade económica das partes poder ficar seriamente comprometida”.¹² Assim, a vinculação a um contrato de execução duradoura não limitado

¹⁰ De notar que o autor coloca sempre a eficiência no núcleo de qualquer uma das suas reflexões contratuais, não tecendo quaisquer considerações relativamente à confiança das partes, boa-fé contratual, entre outras.

¹¹ Cfr. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 13.ª Ed., Almedina, 2016, pp. 120 e ss.

¹² *Ibidem*.

temporalmente poderia implicar que as partes não estivessem habilitadas a celebrar, durante um longo e indefinido período de tempo, contratos semelhantes com outros concorrentes, limitando a sua autonomia privada e pondo em causa a liberdade de concorrência. Assim, através de um acordo prévio entre as partes, deverá ser fixado um limite temporal ao contrato – caso em que o decurso do tempo levará à extinção do contrato por caducidade – ou, quando tal não ocorrer, o mesmo cessará por denúncia, sendo este o instituto típico dos contratos de execução duradoura.¹³ Em suma, quem celebrar um contrato de execução duradoura, poderá cingi-lo a um certo lapso de tempo. Caso isso não aconteça, ele não vigorará vitaliciamente uma vez que as partes têm o direito de o denunciar para futuro.

Ainda assim, caso esteja previamente definido o período de vigência do contrato, não se encontra excluída a possibilidade de resolução do mesmo desde que se encontrem preenchidos os fundamentos legais para aplicação do instituto, previstos nos artigos 432.º e seguintes do Código Civil.

Uma outra especificidade dos contratos duradouros prende-se com o desvio ao regime geral da resolução contratual (artigo 434.º n.º 2) no que concerne ao efeito retroativo (n.º 1 do mesmo artigo). A resolução não abrange assim, em princípio, as prestações já executadas – a não ser que entre elas e a causa de resolução exista um vínculo que legitime a resolução de todas elas.

Por último, vigora nos contratos de execução duradoura uma maior intensidade dos deveres de boa-fé, o que é compreensível uma vez que nos encontramos no âmbito de relações duradouras que pressupõe uma intensa relação de confiança – emergente de uma relação multifacetada e até mesmo paradoxal até com o Direito¹⁴ - e colaboração entre as partes, pressupondo uma aplicação reforçada do princípio da boa-fé e dos deveres acessórios de proteção, informação e lealdade por forma a manter uma permanente confiança recíproca e entendimento mútuo.¹⁵

- Só a mora em que seja objetivamente detetável uma consequência relativamente importante sobre a economia da relação contratual duradoura é suscetível de integrar a perda de interesse do credor, apreciada também à luz do princípio da boa fé, e de fundar o direito de resolução.

¹³ Cfr. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 13.ª Ed., Almedina, 2016.

¹⁴ Cfr. MANUEL ANTÓNIO DE CASTRO PORTUGAL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, Almedina, (2004), pp. 24

¹⁵ Cfr. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 13.ª Ed., Almedina, 2016.

A Teoria do Incumprimento Eficiente não tem como objetivo incentivar comportamentos oportunistas mas sim fornecer às partes a possibilidade de se desvincularem unilateralmente do contrato celebrado quando uma melhor proposta surge (situação de *gain-seeking*) ou quando o cumprimento da prestação se torna demasiado oneroso (*loss-avoiding*, aproximando-se da figura da alteração superveniente das circunstâncias).

3. DISTINÇÃO ENTRE FIGURAS

Quanto mais longa a relação contratual, maior é a probabilidade de ocorrer uma não simultaneidade nas prestações – tal como tivemos oportunidade de esclarecer no capítulo imediatamente anterior –, abrindo espaço à eclosão de vários problemas com que se defronta a disciplina contratual.¹⁶

3.1. Incumprimento Oportunista

O incumprimento oportunista não se limita aos casos de incumprimento eficiente, tendo um âmbito mais abrangente.

Assim, no incumprimento oportunista, a parte que incumpe o contrato pretende aproveitar-se da situação de inferioridade ou necessidade da parte contrária. Um caso típico de incumprimento oportunista é o *ALASKA PACKERS' ASSN V. DOMENICO*.¹⁷ Nesta situação, o réu contratou um marinheiro em São Francisco para efetuar uma viagem até ao Alasca para pescar salmão. Quando o barco do réu chegou ao Alasca, o autor anunciou que não trabalharia a não ser que o réu aumentasse o montante da sua prestação (acordada antes do embarque). Incapaz de procurar substituto durante o curto período de pesca no Alasca, o réu cedeu e prometeu pagar ao marinheiro o montante que o mesmo exigiu quando o barco regressasse a São Francisco. Aquando o regresso, o réu recusou-se a pagar o montante peticionado pelo marinheiro pelo que este iniciou o litígio. O marinheiro perdeu a causa com fundamento na imprevisibilidade da modificação do contrato nestes termos uma vez que as alterações não tiveram por base elementos novos.

O que aconteceu neste caso, e que distingue o incumprimento oportunista do incumprimento eficiente, é o facto de que nada ocorreu para que as condições do contrato tivessem sido alteradas. Não existiam novos elementos que justificassem o aumento do

¹⁶ Cfr. FERNANDO ARAÚJO, *Teoria Económica do Contrato*, Almedina, 2007, p. 385

¹⁷ 117, F. 99, (9th Cir. 1902), disponível em <http://madisonian.net/downloads/contracts/alaska.pdf>

montante da prestação do contratante. O credor aproveitou-se da situação de necessidade do devedor, sabendo que, nas circunstâncias em que se encontrava, não conseguiria contratar com outra pessoa, colocando-se numa situação de poder e superioridade negocial.

A renegociação dos termos contratuais, concretamente a modificação do valor da prestação estipulado inicialmente, necessita do mútuo consentimento de ambos os contraentes, de acordo com o artigo 406.º do Código Civil. No nosso ordenamento jurídico, a alteração unilateral ao contrato teria fundamento caso se demonstrasse ter existido uma alteração superveniente das circunstâncias.¹⁸ Esta situação vem prevista no artigo 437.º e, para que seja aplicável, exige, entre outros requisitos, que “as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiver sofrido uma alteração anormal”. Neste caso, poderia o lesado modificar o contrato segundo juízos de equidade.

Partindo do caso exposto, o marinheiro foi então contratado para pescar salmão. Imaginemos que, quando chegaram ao local, o réu apercebeu-se que existiam vários polvos na zona e incentivou o marinheiro a pescá-los também. Neste caso, seria compreensível que o marinheiro modificasse o valor contratualmente estabelecido para a sua remuneração, uma vez que as circunstâncias se alteraram e acabou por ter mais trabalho do que aquele que tinha ficado inicialmente estipulado.

Assim, se o caso apresentado tivesse sido julgado em tribunais portugueses, o resultado seria o mesmo uma vez que não seria de aplicar a alteração superveniente das circunstâncias, tendo o marinheiro direito a receber apenas o montante acordado inicialmente.

Já o incumprimento eficiente ocorre nas situações de *gain-seeking* ou *loss-avoiding*, entendendo que a parte que incumpre terá de reparar os danos que cause à outra parte. Pelo contrário, o puro incumprimento oportunista ocorre apenas pela vontade de uma das partes que pretende beneficiar da sua posição de “superioridade” em relação à outra, aproveitando-se das suas fraquezas. Ademais, não há qualquer obrigação de reparar danos, pelo contrário.

A ilicitude das técnicas utilizadas nesta figura, nomeadamente no que toca à modificação unilateral das cláusulas contratuais, é também rejeitada (e bem) no âmbito da

¹⁸ Sobre o tema da alteração superveniente das circunstâncias, leia-se MARIANA FONTES DA COSTA, *Da Alteração Superveniente das Circunstâncias – Em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais*, Almedina, 2017 e MANUEL CARNEIRO DA FRADA E MARIANA FONTES DA COSTA, “Sobre os efeitos de crises financeiras na força vinculativa dos contratos”, *Estudos comemorativos dos 20 anos da FDUP*, Vol. 2, Almedina, 2017, p. 175 e ss.

common law como tivemos oportunidade de observar através do exemplo utilizado. No entanto, fora os casos de ilicitude, o resultado de uma conduta oportunista, ainda que negativo, pode gozar de vinculatividade jurídica.

3.2. Incumprimento Redistributivo

Esta espécie de incumprimento contratual consiste naquele incumprimento que é causado pelo devedor que pretende obter melhores condições do que aquelas que o contrato a que se vinculou lhe oferece.¹⁹ Procura desta forma o devedor forçar uma renegociação ou até mesmo um contrato totalmente novo, reabrindo uma *captura de bem estar*.

Neste caso podemos estar perante um incumprimento oportunista conforme o devedor explore, ou não, as vulnerabilidades da contraparte. Por exemplo, o caso que acabámos de expor (ALASKA PACKERS' ASSN V. DOMENICO) além de oportunista, consubstancia igualmente um incumprimento redistributivo: o autor forçou uma renegociação contratual sem que nada tivesse acontecido para que tal se verificasse - sem que existisse uma melhor proposta o (*gain-seeking*) ou que a sua prestação se demonstrasse demasiado onerosa (*loss-avoiding*).

Distingue-se do incumprimento eficiente uma vez que o resultado não incrementa o valor agregado de bem-estar em jogo no contrato no momento em que o incumprimento ocorre. O devedor (e parte incumpridora) está apenas preocupado com o seu nível de bem-estar, em encontrar uma solução que lhe seja mais vantajosa e não em incrementar o lucro global.

3.3. Impossibilidade Superveniente da Prestação

A impossibilidade da prestação encontra-se prevista nos artigos 790.º e seguintes do Código Civil. Desde que esta impossibilidade se figure superveniente, objetiva, absoluta e definitiva, e não imputável ao devedor, constitui uma causa de extinção das obrigações.

Primeiramente, cumpre abordar o conceito de *superveniente*. O vínculo obrigacional apenas pode considerar-se extinto se a impossibilidade ocorrer após a constituição da obrigação. Se a impossibilidade fosse originária, o negócio considerar-se-ia nulo por

¹⁹ Cfr. FERNANDO ARAÚJO, *Teoria Económica do Contrato*, Almedina, 2007, pp. 745.

impossibilidade do objeto – artigos 401.º n.º 1 e 280.º n.º1 do CC – não chegando a obrigação a constituir-se.²⁰

Quanto à objetividade da impossibilidade, esta é assim independente da pessoa que a realiza, sendo o cumprimento da prestação impossível para qualquer pessoa e não apenas para o devedor²¹. Pelo contrário, uma impossibilidade subjetiva diz respeito ao devedor, sendo que por apenas este estar impossibilitado de prestar, em princípio, não ocorre a extinção da obrigação já que existe uma legitimidade genérica para o cumprimento (artigo 767.º, n.º1 CC). Só assim não será se estivermos perante uma prestação infungível, não havendo lugar ao cumprimento por um terceiro uma vez que, por exemplo, pode requerer determinadas características/aptidões que apenas o devedor poderá satisfazer.

A impossibilidade deverá ainda ser absoluta na medida em que a prestação seja efetivamente irrealizável, não se bastando com uma impossibilidade relativa ou com maior dificuldade na realização da mesma. Por último, para que a consequência seja a extinção da obrigação, exige-se que a impossibilidade seja definitiva, uma vez que, se for temporária, o devedor não responde pelo atraso no cumprimento (desde que o mesmo não lhe seja imputável), continuando adstrito à realização da prestação. Esta pode, porém, converter-se numa impossibilidade definitiva logo que o credor perca o interesse na realização da mesma (artigo 792.º do CC).

Facilmente distinguimos esta figura do incumprimento eficiente uma vez que, neste último, a prestação não se torna impossível nem tampouco se extingue a obrigação *per se*. Prova disso é o facto de o incumprimento eficiente prever uma indemnização a pagar pela parte que incumpre à outra parte, por forma a ressarcir-lo pelo prejuízo da não realização da prestação a que se encontrava vinculado, uma vez que a mesma não se extinguiu por qualquer motivo.

²⁰ Sobre este ponto, consultar LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, Transmissão e Extinção das Obrigações; Não Cumprimento e Garantias do Crédito*, Vol. II, 12.ª Ed., 2018.

²¹ Por exemplo, se alguém se obriga a entregar determinada obra de arte e a mesma arde e fica totalmente destruída, a prestação impossibilita-se uma vez que nem o devedor nem qualquer outra pessoa se encontra em condições de a realizar.

4. O CONTRATO E A OBRIGAÇÃO DE CUMPRIMENTO NO NOSSO CÓDIGO CIVIL

O conceito de contrato surge-nos como uma manifestação da autonomia de vontade. Os interessados auto regulamentam por si os seus interesses, adaptando-os à disciplina que consideram mais conveniente dentro dos limites legais.²²

Historicamente, o contrato foi visto como um instrumento que visava dispor, apenas, sobre o ajuste de interesses patrimoniais. Contudo o Direito Civil não convive apenas com valores patrimoniais, mas também, com valores existenciais pelo que, obviamente, deverá ser garantido o respeito pela dignidade da pessoa humana, pela solidariedade social e pela igualdade substancial.

O contrato é desta forma um acordo vinculativo, assente sobre duas ou mais declarações de vontade, que poderão ou não ser contrapostas, no entanto perfeitamente harmonizadas entre si com vista a uma composição unitária de interesses. Um contrato pode envolver uma pluralidade de partes (titulares de interesses), concretizando-se num negócio jurídico plurilateral.

É assim um acordo entre duas ou mais partes em que as mesmas ajustam reciprocamente os seus interesses com vista à produção de efeitos jurídicos.²³ Pode contemplar ainda um carácter sinalagmático, figurando a prestação de uma das partes como causa da prestação da outra, havendo causalidade entre as mesmas.

O nosso Código Civil regula os vínculos obrigacionais, sendo que encontramos na sua Parte Geral a regulamentação legal dos negócios jurídicos (artigos 217.º e seguintes). Já no que concerne aos contratos propriamente ditos, o mesmo ocupa-se destes no livro sobre Direito das Obrigações, onde podemos distinguir entre as disposições de ordem genérica (artigos 405.º a 456.º) e as que são relativas a certas espécies contratuais (artigos 874.º a 1250.º), sem prejuízo das que poderemos encontrar em legislação avulsa.

Validamente celebrado, o contrato torna-se vinculativo para as partes que o celebram, devendo as mesmas cumprir as obrigações que dele emergem. Nas palavras de GALVÃO TELES, o “cumprimento é a atuação da obrigação, ou seja, a realização da prestação creditória,

²² Sobre este ponto, ver INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 7.ª Edição, Coimbra Editora, (2010), pp. 58

²³ *Ibidem*.

trate-se de prestação de coisa ou de prestação de facto (artigo 762.º, n.º 1 CC)”²⁴ podendo ser definido como a realização da prestação devida. É a “realização voluntária da prestação devida”.²⁵

“O devedor cumpre a obrigação quando realiza a prestação a que está vinculado”, conforme prescreve o artigo 762.º, n.º1 do Código Civil. É assim a causa normal de extinção da obrigação, através da concretização da conduta a que o credor tinha direito.

O cumprimento da obrigação consiste em efetuar a prestação nos precisos termos em que a parte se encontra obrigada, sendo apenas possível a exoneração do devedor proporcionando ao credor atribuição patrimonial diversa da prestação devida mediante acordo entre ambas as partes (o que consubstanciaria uma dação em cumprimento, artigos 837.º e seguintes).

ANTUNES VARELA²⁶ ajuda-nos a distinguir o cumprimento em *sentido amplo* e em *sentido próprio*. No primeiro a obrigação cumpre-se sempre que o obrigado efetua a prestação devida, espontânea ou compulsivamente (artigos 762.º e 817.º). Por outro lado, o cumprimento em sentido próprio exclui a realização coativa da prestação resultante da execução judicial uma vez que, neste caso, há ausência do ato voluntário que é o cerne do cumprimento.

Ainda o mesmo autor defende que o cumprimento, antes de ser *causa de extinção* do vínculo obrigacional, é o meio juridicamente predisposto para a *satisfação do interesse do credor*, pelo que podemos distinguir duas situações: o devedor ficar *desonerado* da obrigação ou o devedor *cumprir* a mesma. A título de exemplo, ocorrendo alguma causa de caducidade da obrigação, o devedor fica desonerado mas não poderemos dizer que ele tenha cumprido a mesma.

O cumprimento das obrigações obedece a vários princípios gerais, concretamente a pontualidade, integralidade, boa fé e concretização²⁷. Importa-nos, no âmbito do presente trabalho, abordar (ainda que sem grande desenvolvimento) o *princípio da pontualidade* como corolário do cumprimento contratual.

²⁴ Cfr. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 7.ª Edição, Coimbra Editora, (2010), pp. 219

²⁵ Cfr. JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 7.ª Ed., 1997, pp. 7

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Sobre este ponto, Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, 2.º Vol., AAFDL, (1999), pp. 185 e seguintes.

Este princípio, previsto no artigo 406.º, n.º1 do Código Civil²⁸, impõe a exigência de uma correspondência integral em todos os aspetos (nomeadamente temporais, qualitativos e quantitativos) entre a prestação efetivamente realizada e aquela a que o devedor se encontrava vinculado.²⁹ Falhando qualquer correspondência estaremos perante uma situação de incumprimento contratual nomeadamente de cumprimento defeituoso.

Resulta deste princípio a proibição de qualquer alteração à prestação devida, não podendo o credor ser constrangido a receber do devedor prestação distinta. A situação económica do devedor é irrelevante para alteração da prestação a que se encontra obrigado, não podendo a mesma ser utilizada por aquele como fundamento para obtenção de qualquer benefício com o qual o credor não esteja de acordo – dilação do prazo, redução da prestação, etc.

Este princípio é precisamente aquele que figura como principal impedimento à aceitação da Teoria do Incumprimento Eficiente, uma vez que não comporta quaisquer fundamentos de eficiência para a sua razão de ser mas sim de tutela da confiança³⁰, proteção das expectativas e boa-fé³¹, conceitos que são alheios ou até mesmo secundários a qualquer teoria cujo epicentro se localize em conceitos de eficiência.

5. A RECUSA DA *CIVIL LAW* EM ACEITAR O INCUMPRIMENTO EFICIENTE

5.1. A Autonomia do Direito

A Análise Económica do Direito gerou desentendimentos entre apoiantes desta visão e catedráticos legalistas, que repudiavam a ideia de que lei poderia envolver uma determinada lógica económica. Entendiam estes catedráticos que os fundamentos normativos derivados da visão económica eram repulsivos e inconcebíveis uma vez que ignoravam a ideia de *justiça*. Se a lei reflete e fortalece normas sociais fundamentais, como poderiam tais normas ser incompatíveis com a ética que decorre de uma vida em sociedade?

²⁸ Todos os artigos citados no presente trabalho sem referência ao Diploma legal a que pertencem são artigos do Código Civil.

²⁹ Cfr. JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. 1, 9.ª Edição, (1996), pp. 142

³⁰ Sobre este tema, veja-se o subcapítulo 5.3. do presente trabalho.

³¹ Conceito abordado no subcapítulo 6.3.

Para compreendermos a recusa da *civil law* em aceitar a licitude do incumprimento eficiente, prima perceber a sua rejeição em abraçar uma certa redução económica da normatividade jurídica.

Começemos por esclarecer a premissa de que a sociedade consiste no meio de atuação do Direito. Nas palavras de CASTANHEIRA NEVES, “a sociedade é a realidade (o meio e o resultado) da convivência humana, enquanto esta convivência se traduz na multiplicidade e no conjunto das interações humanamente significativas, que se oferece aos membros participantes em termos de uma particular e objetiva autonomia e na qual eles, quer através de formas comuns de convivência (...) quer através de fins ou intenções gerais (...), se encontram conexionados mediante uma unidade unitária e que lhes é comum.”

Sendo assim o meio de atuação do Direito um ponto de humana convivência, indagamos a relação entre ambos assim como o seu papel. Poderíamos abordar diversos temas derivados desta questão, contudo interessa-nos substancialmente saber se o Direito é uma simples função da sociedade ou se, pelo contrário, terá nela alguma autonomia.

A verdade é que a Análise Económica do Direito reduz o mesmo a uma pura função dependente da sociedade, sustentando a tal redução económica da normatividade jurídica. Desta forma, o Direito surge como a “mera expressão normativa das relações económicas, não traduzindo mais do que a normação do económico.”^{32/33}

Sem nos determos no aprofundamento da tese de Karl Marx e do marxismo originário, por não ser relevante neste trabalho, importa apenas reter que para este e outros autores “o económico seria o elemento determinante e o Direito seria um estrato integrante de uma superestrutura determinado por aquela infra estrutura.”³⁴

Este rígido idealismo foi evoluindo para uma relação um pouco mais dialética entre os dois planos, implicando uma certa autonomia do Direito, não sendo a base económica o núcleo de qualquer decisão, havendo uma interferência entre vários planos. No entanto, a verdade é que a Análise Económica do Direito reduz bastante a amplitude do mesmo assim

³² Cfr. FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 2.^a Ed., Coimbra Editora, (2010), pp. 237.

³³ Posição esta que surgiu com Karl Marx que o marxismo originário. Sobre este tema leia-se, por exemplo, MÁRCIO BILHARINHO NAVES, *A Questão do Direito em Marx*, São Paulo, 2014

³⁴ Cfr. FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 2.^a Ed., Coimbra Editora, 2010, pp. 238.

como a sua função social, ainda que devamos ponderar que fatores económicos podem ajudar a melhorar normas legais vigentes.

O Direito não se poderá reduzir ao económico uma vez que se encontra (ou deverá encontrar) centrado na pessoa, radicado na intersubjetividade. Devemos rejeitar a ideia de que o Direito é uma mera variável dependente de elementos materiais.

5.2. Objeções Éticas e Morais

O problema da imoralidade do incumprimento eficiente tem sido defendido sobretudo nos sistemas de *common law* e não tanto de *civil law*. O problema resulta da quebra de uma “promessa”³⁵ sempre que os benefícios do incumprimento se considerem superiores comparativamente ao cumprimento pontual do contrato a que as partes se vincularam inicialmente, reduzindo os contratos a simples *veículos* para atingir uma economia eficiente.³⁶

De acordo com o professor PETER LINZER, “a moralidade baseia-se na ideia de que é tanto justo como apropriado vincular as pessoas às promessas que livremente fizeram”.³⁷

O Incumprimento Eficiente é um produto da confluência de duas ideias: por um lado, vê o contrato como mero instrumento de afetação de recursos económicos; por outro a ideia de eficiência social em que os ganhos de uns se alcancem sem perdas dos demais, sendo por isso eficiente qualquer atuação cujos benefícios ultrapassem o montante da indemnização que evite o averbamento de perdas por qualquer das partes envolvidas.

Os defensores da imoralidade do Incumprimento Eficiente, tal como PETER LINZER, defendem então, em suma que, a não ser que surjam circunstâncias extraordinárias (concretamente o que entendemos por alteração superveniente das circunstâncias), o devedor se encontra subordinado a honrar e cumprir a “promessa” a que se vinculou, mesmo que mais tarde o cumprimento se demonstre inconveniente, ineficiente ou não atrativo para o mesmo. “A força moral que se encontra por detrás de um contrato, enquanto promessa, é a autonomia: as partes estão vinculadas ao contrato que celebraram porque assim o escolheram”.³⁸

³⁵ Mesmo o conceito de “promessa” é um conceito mais anglo-saxónico do que romano-germânico.

³⁶ Cfr. TAREQ AL-TAWIL, “The Efficient Breach Theory, The Moral Objection”, em *Griffith Law Review* (2011), Vol. 20, n.º 2, pp. 414 e 415

³⁷ Cfr. DAWINDER S. SIDHU, “The Immorality and Inefficiency of an Efficient Breach”, 8 *Transactions: Tenn. J. Bus. L.* 61 (2006)

³⁸ Cfr. DAWINDER S. SIDHU, “The Immorality and Inefficiency of an Efficient Breach”, 8 *Transactions: Tenn. J. Bus. L.* 61 (2006)

No entanto, no nosso ordenamento jurídico e concretamente no âmbito da *civil law* não será tanto de abraçar a ideia de que o incumprimento eficiente é imoral, sendo necessário definir se, entre nós, se trata efetivamente de um problema de imoralidade constante nesta conduta (consequentemente indo em confronto com a ordem pública) ou se, pelo contrário, tanto a *quebra da promessa contratual*, por um lado, como a *mentira* por outro, podem ser enquadradas em institutos já existentes no ordenamento jurídico português.

A mentira (e separando desta definição a conotação moral que é já intrínseca a esta palavra) surge-nos então quando estamos perante uma intenção presente – aquando a celebração do contrato – envolvendo uma conduta fraudulenta pelo que o contraente nunca teve intenções de cumprir o contrato celebrado.³⁹ É uma declaração insincera, induzindo representações falsas ou fraudulentas.

No ordenamento jurídico português, situações como a que se passou a descrever podem ser enquadradas no âmbito da simulação, se estiverem preenchidos os requisitos previstos nos artigos 240.º e seguintes do Código Civil, sendo que todo o “negócio simulado é nulo”. Neste caso é uma questão de imoralidade mas sim de nulidade contratual. Não devemos enquadrar esta questão em termos de imoralidade ou não, mas sim de invalidade da declaração negocial na medida em que um negócio jurídico celebrado nestes termos não produzirá efeitos.

Situação diversa é aquela em que o contraente celebra o contrato com a intenção sincera de o cumprir, surgindo o incumprimento espontaneamente, sendo de repudiar a ideia de que a situação de simulação é idêntica ao incumprimento não deliberado.

A *quebra da promessa contratual* pode surgir no nosso ordenamento jurídico derivada de diversos fatores legalmente previstos, nomeadamente pela alteração superveniente das circunstâncias⁴⁰, por impossibilidade superveniente da prestação (veja-se, por exemplo, artigo 545.º e seguintes do Código Civil), ou até porque a realização da prestação se tornou demasiado onerosa para o devedor (caso previsto no n.º 1 do artigo 566.º do Código Civil, em que a reconstituição natural é excessivamente onerosa para o devedor sendo fixada uma indemnização em dinheiro – restituição da prestação por equivalente), conceitos estes que em nada se relacionam com questões morais mas sim legais.

³⁹ Por exemplo, A. celebra um contrato com B. apenas porque sabe que essa conduta irá incentivar C. a oferecer-lhe uma melhor proposta. A. nunca teve intenções de cumprir o contrato com B., traduzindo-se o seu comportamento numa mentira e, consequentemente, numa conduta imoral.

⁴⁰ Sobre a alteração superveniente das circunstâncias, leia-se o subcapítulo 3.1. da presente dissertação.

Nas palavras de FERNANDO ARAÚJO, “releva uma visão realista, desencadeada, sobre aquilo que verdadeiramente está em jogo num contrato e aquilo que se passa nele: não se trata de manifestar ou alimentar solidariedades, trata-se de cada uma das partes promover os seus interesses, não raro contraditórios e contrapostos ao da contraparte”.⁴¹

Podemos inclusive falar em *justiça* no âmbito da eficiência, uma vez que *eficiente* é aquilo que maximiza a finalidade das partes, indo de encontro às suas intenções, pelo que a ideia da imoralidade do incumprimento eficiente falha em compreender as reais virtualidades dos contratos incompletos, que tanto podem travar a perda de *bem-estar* que acompanharia inevitavelmente um cumprimento ineficiente, como proporcionar às partes *melhorias de Pareto*⁴² – hipóteses alternativas perfeitamente coadunáveis com a vontade conjectural das partes e efetivamente justas para ambas. As melhorias de Pareto, segundo os economistas, consistem numa melhoria para todas as partes, uma vez que todas se encontram numa posição melhor e nenhuma numa posição pior em relação à que se encontravam antes da celebração do contrato em crise.⁴³ O nome desta teoria encontra-se relacionado com o economista e sociólogo italiano Vilfredo Pareto, uma vez que foi quem introduziu pela primeira vez este conceito.⁴⁴

Da mesma forma não podemos olhar para o incumprimento eficiente como ocorrência derivada de incitamentos ao devedor. Basta que as normas constantes no contrato celebrado se limitem a incentivar o cumprimento apenas em determinadas situações em que este cumprimento se afigura como a situação mais eficiente – comparativamente a um eventual incumprimento do contrato. É necessário, do ponto de vista da Teoria do Incumprimento Eficiente, deixar espaço para que, verificada pelo devedor a possibilidade de incumprir eficientemente, ele o faça sem uma imperativa renegociação com o credor.

São assim de rejeitar os estudos realizados no âmbito da *common law* que defendem a imoralidade do incumprimento eficiente, uma vez que urge distinguir conceitos e enquadrá-los no nosso ordenamento jurídico. As leis são hoje instrumentos de prossecução de uma

⁴¹ Cfr. FERNANDO ARAÚJO, *Teoria Económica do Contrato*, Almedina, 2007, pp. 741.

⁴² Uma modificação nas circunstâncias que tem como consequência uma das partes se encontrar numa situação mais lucrativa do que a inicialmente estipulada, sem que a parte contrária sofra qualquer prejuízo.

⁴³ Cfr. GEORGE A. BREMANN; JAMES R. GORDLEY; MATHIAS W. REIMANN, “Why no “efficient breach” in the Civil Law?: Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 55, n.º 4, (2007), pp. 725

⁴⁴ Cfr., VILFREDO PARETO, “Considerations on the fundamental principles of pure political economy”, *Routledge*, editado por ROBERTO MARCHIONATTI and FIORENZO MORNATI, (2007)

determinada política de governo do Estado e, nessa medida, elas necessariamente refletem dados economicamente cunhados e procuram, por si mesmas, prosseguir determinados objetivos eficientistas, sendo esta uma realidade que não devemos ignorar.

5.3. Tutela da Confiança/Certeza Contratual

Não poderemos reduzir a *confiança* a um tema simples e linear, nomeadamente pelo facto de não existir nenhuma definição legal de confiança que possa servir de base a tal estudo.

Ao celebrar um contrato, as partes têm como objetivo obter um grau de vinculação entre si, sendo este o objeto imediato do mesmo. Para o cumprimento desse mesmo contrato é necessária a realização da prestação devida, como já tivemos oportunidade de esclarecer. Esta prestação corresponde assim ao conteúdo positivo do direito do credor, podendo qualificar a prestação de diferentes formas⁴⁵. O cumprimento revela-se de importância extrema representando o culminar lógico de um processo: a obrigação constitui-se para se extinguir pelo cumprimento (não obstante exceções).

Nas palavras de CARNEIRO DA FRADA⁴⁶, “a confiança emerge, portanto, numa relação multifacetada e, se se quiser, paradoxal até com o Direito”.

No cumprimento da sua obrigação o devedor encontra-se obrigado a agir nos termos impostos pela boa-fé (artigo 762.º, n.º 2 CC), não causando por sua culpa prejuízos ao credor. Esta é uma expectativa legítima deste último. Nas relações creditórias, por força do próprio artigo mencionado, este princípio aplica-se tanto ao devedor (no cumprimento da obrigação) como ao credor (no exercício do seu direito). Devemos compreender que o devedor não poderá apenas cingir-se ao cumprimento *literal* das cláusulas do contrato pois releva igualmente a *colaboração leal* na satisfação da necessidade a que a obrigação se encontra adstrita, devendo atender ao *espírito* da relação obrigacional.⁴⁷

⁴⁵ Sobre este ponto, cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações – Apontamentos*, 2.ª Ed. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, (2004), pp. 146 e ss.

⁴⁶ Cfr. MANUEL ANTÓNIO DE CASTRO PORTUGAL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, Almedina, (2004), pp. 24

⁴⁷ Cfr. JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 7.ª Ed., (1997), pp. 12 e ss.

Falamos neste preciso ponto no princípio da boa-fé uma vez que o mesmo impõe limites ao exercício dos direitos “*e pretende por essa via assegurar a proteção da confiança legítima que o comportamento contraditório do titular do direito possa ter gerado na contraparte*”.⁴⁸

Aliás, nesse sentido, o Supremo Tribunal de Justiça já teve ocasião de afirmar que “*O princípio da confiança é um princípio ético fundamental de que a ordem jurídica em momento algum se alheia. [...] Dentro desta mesma linha de pensamento, escreveu-se no acórdão do STJ de 12.2.09 (Revª 4069/08) que “no âmbito da fórmula “manifesto excesso” cabe a figura da conduta contraditória (venire contra factum proprium), que se inscreve no contexto da violação do princípio da confiança, que sucede quando o agente adopta uma conduta inconciliável com as expectativas adquiridas pela contraparte em função do modo como antes actuara*”.⁴⁹

A confiança recíproca vai-se formando ao longo das relações contratuais duradouras, pelo que o credor vai adquirindo legítimas expectativas quanto à atuação do devedor. O incumprimento eficiente pode assim consubstanciar uma quebra na confiança entre as partes uma vez que o devedor adota uma conduta contrária a estas mesmas expectativas.

A tutela da confiança é uma espécie de mediadora entre a *boa-fé* e o *abuso do direito* (artigo 334.º do CC), e caracteriza-se pelos seguintes elementos:

- a) Uma *situação de confiança* conforme com o sistema e traduzida na boa fé subjetiva e ética, própria da pessoa que, sem violar os deveres de cuidado que ao caso caibam, ignore estar a lesar posições alheias;
- b) Uma *justificação para essa confiança*, expressa na presença de elementos objetivos capazes de, em abstrato, provocar uma crença plausível;
- c) Um investimento de confiança consistente em, da parte do sujeito, ter havido um assentar efetivo de atividades jurídicas sobre a crença consubstanciada;
- d) A *imputação da situação de confiança criada à pessoa que vai ser atingida pela proteção dada ao confiante*: tal pessoa, por ação ou omissão, terá dado lugar à entrega do confiante em causa ou ao fator objetivo que a tanto conduziu.⁵⁰

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Cfr. Acórdão do STJ, processo n.º 1464/11.2TBGRD-A.C1.S1, Relator: Nuno Cameira, de 12-11-2013, disponível em www.dgsi.pt

⁵⁰ Pontos extraídos de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Do Abuso do Direito: Estado das Questões e Perspetivas”, *Revista da Ordem dos Advogados*, (2005), 65-Vol. II, Artigos Doutrinários, disponível em

Esclarece-nos CARNEIRO DA FRADA⁵¹ que cabe a qualquer ordem jurídica garantir a confiança dos sujeitos uma vez que esta constitui um pressuposto fundamental de qualquer coexistência pacífica (paz jurídica). Sob a perspectiva da confiança, a relação entre a Ética e o Direito demonstra-se em tudo relevante, uma vez que é aceite a “*reprovabilidade ética do defraudar injustificado de uma atitude de confiança que se suscitou*”, não podendo a ordem jurídica querer ignorar a proteção desta mesma confiança sob pena de não corresponder às mais elementares funções do Direito enquanto regularizador da vida em sociedade.

A responsabilidade pela confiança é parte integrante do direito civil vigente e exprime a “*justiça comutativa*”⁵². Ainda nas palavras do autor mencionado, “*existe responsabilidade pela confiança quando a criação de fraude da confiança constitua o vero fundamento da obrigação de indemnizar*”.⁵³

Fala-nos o autor da “*teoria do negócio*”. Decorrente das expectativas, os negócios jurídicos podem levar a pretensões de cumprimento de deveres e não meras consequências ressarcitórias. Não podemos, no entanto, confundir o sistema de proteção da confiança com o negócio propriamente dito. Caso contrário, qualquer conduta que lograsse em justificar-se como um ato da autonomia privada (princípio imperativo do direito contratual) então não teria proteção indemnizatória alguma.

Por outro lado, não podemos também dizer que a confiança constitui causa da eficácia negocial, uma vez que isso resultaria na ineficácia do contrato sempre que essa mesma confiança por qualquer motivo não se gerasse. Consequência que é rejeitada pelo autor, posição com a qual concordamos.

<https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2005/ano-65-vol-ii-set-2005/artigos-doutrinais/antonio-menezes-cordeiro-do-abuso-do-direito-estado-das-questoes-e-perspectivas-star/>

⁵¹ Cfr. MANUEL ANTÓNIO DE CASTRO PORTUGAL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 24 e ss.

⁵² “Justiça entre os desiguais por natureza, mas iguais perante a lei; ela implica a absoluta igualdade entre prestação e contraprestação, entre aquilo que a lei considera equivalente (mercadoria e preço, dano e indemnização)”. Ob. Cit. ARTHUR KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, 5.ª Ed., Fundação Calouste Gulbenkian, (2014), pp. 232 e ss.

⁵³ Cfr. MANUEL ANTÓNIO DE CASTRO PORTUGAL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, Almedina, 2004.

5.4. A Decisão Judicativa

Quando cabe ao juiz impor uma decisão judicativa, estarão na base da sua decisão fundamentos de ordem económica? Certamente os mesmos não lhe serão alheios, mas será o cerne da decisão?

Em caso de litígio haverá uma norma que será convocada como hipoteticamente aplicável. Esta mesma norma será interpretada de acordo com o caso em concreto, em confronto analógico, e com consideração pelos princípios normativos aplicáveis.⁵⁴ Desta forma, o direito realiza-se com fundamento numa intencionalidade de pendor ético-axiológico, sendo cada situação avaliada casuisticamente não estando o juiz vinculado no nosso ordenamento jurídico pelo *ius strictum*.

A análise económica, que estuda de um ponto de vista económico a eficácia das regras jurídicas que regulam assuntos não visados por esta temática, instaura a eficiência enquanto palavra de ordem.

O direito tem como uma das suas finalidades a prevenção de novos e futuros comportamentos eventualmente danosos, assim como reforçar a imperatividade das normas legais violadas, pelo que a imposição de uma obrigação indemnizatória só é legítima na medida em que garanta um efeito dissuasor.⁵⁵ Pelo contrário, para a análise económica a prevenção deixa de ser vista como elemento dependente do ideal ressarcitório, passando a eficiência a ser o denominador e mitigando o instituto da responsabilidade civil num sistema de incentivos com vista à adoção de um comportamento eficiente.

A prevenção de novos e futuros comportamentos eventualmente danosos, não se encontra diretamente relacionada com o lesado e o lesante, trata-se sim de uma necessidade de prevenção geral, relacionando-se com o complexo social globalmente considerado com vista à maximização do bem-estar social, mas não só! Encontra-se sim aliada à função reparatória e até, em determinados casos, sancionatória. Aliás, PAULA MEIRA LOURENÇO defende o carácter sancionatório e punitivo da indemnização, solução que, no seu ponto de vista, “contribuirá para o reforço da tutela da pessoa humana relativamente à violação dos direitos de

⁵⁴ Cfr. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “A Recusa de Conformação do jurídico pelo económico: Breves Considerações a propósito da Responsabilidade Civil”, *Impactum*, Coimbra University Press, pp. 642

⁵⁵ *Ibidem* - “Tendo em conta a relação entre a probabilidade de ocorrência do dano e o investimento na prevenção, entendem que, se o risco supera o investimento, haverá culpa”.

personalidade pelos meios de comunicação social sensacionalistas, permitirá a punição do produtor que prefere pagar indemnizações a eliminar os defeitos encontrados e promoverá a prevenção e punição do poluidor, em sede de responsabilidade ambiental”.⁵⁶

Assim, enquanto entre nós se defende um sistema de responsabilidade civil que seja eficiente, do ponto de vista de prevenção e reparação natural dos danos, estudiosos da análise económica do direito afirmam aceitar a existência, a validade e a importância da doutrina legal, não obstante analisá-la em termos económicos. POSNER defende que, no momento da decisão judicativa, o acento tónico deve ser colocado na ideia de maximização do bem-estar (económico) da sociedade sem, no entanto, encobrir uma finalidade preventiva.⁵⁷

Discordando deste pensamento, defendemos que, no momento de refletir quanto à decisão final de um caso em litígio, o juiz não deverá apenas considerar fatores de eficiência, não deverá somente ponderar se o lesante se *encontra numa posição melhor* e o lesado *não se encontra numa posição pior*.⁵⁸ Deverá sim, primeiramente, e como abordaremos com maior pormenor no capítulo seguinte - concretamente na solução adotada pelo sistema romano-germânico – inteirar-se do carácter subsidiário que desempenha a restituição por equivalente no nosso ordenamento jurídico, primando a reconstituição natural. Assim, no momento da decisão judicativa, o juiz terá como primeiro objetivo recorrer à execução específica (prevista nos artigos 827.º e seguintes do Código Civil) por forma a conseguir uma reconstituição natural da prestação que deveria ter sido cumprida. Falhando em obtê-la (derivado das especificidades do caso em concreto uma vez que, no momento da decisão judicativa, poderá já não se considerar vantajosa a reconstituição natural), aí sim preocupar-se-ia em alcançar um montante indemnizatório que não incentive, mas, pelo contrário, funcione como um desencorajamento a comportamentos idênticos que, tal como já tivemos oportunidade de

⁵⁶ Ob Cit. PAULA MEIRA LOURENÇO, *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, (2006)

⁵⁷ A título de exemplo, RICHARD A. POSNER, “Wealth Maximization and Tort Law: A Philosophical Inquiry”, em David G. Owen, *The Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford, (1997), onde defende que a maximização do bem estar económico é o melhor fundamento para a decisão judicativa no âmbito judicial. “Wealth maximisation’ means the policy of trying to maximise the aggregate value of all goods and services, whether they are traded in formal markets (the usual ‘economic’ goods and services) or (in the case of ‘non-economic’ goods or services, such as life, leisure, family, and freedom from pain and suffering) not traded in such markets. ‘Value’ is determined by what the owner of the good or service would demand to part with it or what a non-owner would be willing to pay to obtain it – whichever is greater. ‘Wealth’ is the total value of all ‘economic’ and ‘non-economic’ goods and services, and it is maximised when all goods and services are, so far as is feasible, allocated to their most valuable uses. The concept of wealth is dependent on the assignment of property rights because property rights are a source of wealth, and on the distribution of wealth across persons.”

⁵⁸ Pensamento base da teoria do incumprimento eficiente, como vimos no ponto 5.2. ao abordar o tema das melhorias de *Pareto*.

referir, colocam em causa a segurança jurídica, a confiança das partes e a tutela das suas legítimas expectativas.

Não podemos concordar assim com a ideia de que comportamentos puramente eficientes devam ser encorajados no seio do nosso ordenamento jurídico uma vez que estaríamos a esquecer os princípios que constituíram a base das nossas leis e com base nos quais deverá ser tomada a decisão judicativa.

Numa breve abordagem, deveremos enfatizar alguns desses princípios neste capítulo, sendo eles princípios gerais do direito das obrigações:⁵⁹

- a) Autonomia privada: em sentido literal, consiste na possibilidade que alguém tem de estabelecer as suas próprias regras, de estabelecer os efeitos jurídicos que se irão repercutir na sua esfera jurídica. Tecnicamente, importa referir que as regras jurídicas se caracterizam pela sua generalidade e abstração pelo que não podem ser criadas por atos privados – estes apenas elaboram comandos que apenas para eles vigoram, englobando a própria liberdade contratual;
- b) Ressarcimento dos danos: sempre que exista uma razão de justiça, da qual resulte que o dano deva ser suportado por outrem que não o lesado, deve ser aquele e não este a suportar esse dano. A transferência do dano do lesado para outrem opera mediante a constituição de uma obrigação de indemnizar, através da qual se deve reconstituir a situação que existiria se não tivesse ocorrido o evento lesivo (artigo 562.º);
- c) Restituição do enriquecimento injustificado: sempre que alguém obtenha um enriquecimento à custa de outrem sem causa justificativa, tem que restituir aquilo que injustamente se locupletou. Princípio este que se encontra consagrado no artigo 473.º do Código Civil, sendo um princípio em forma de norma;
- d) Boa-fé: no âmbito do Direito das Obrigações importa-nos a boa-fé objetiva, definida como regra de conduta, ou seja, no plano dos princípios normativos, como base orientadora e fundamento de efetivas soluções reguladoras dos conflitos de interesses, e que tem referência nos artigos 239.º, 334.º, 437.º e 762.º, n.º 2 do Código Civil. Estão assim em causa no vínculo obrigacional regras de comportamento que, quando respeitadas, proporcionam a satisfação do

⁵⁹ Cfr. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 13.ª Ed., Almedina, (2016)

direito de crédito mediante a realização da prestação pelo devedor, sem que daí resultem danos para qualquer das partes;

- e) Responsabilidade patrimonial: possibilidade de o credor em, caso de incumprimento, executar o património do devedor para obter satisfação dos seus créditos – direito à execução específica, artigos 827.º e seguintes. Consiste numa evolução do Direito Romano, onde o credor poderia legitimamente apoderar-se da própria pessoa do devedor e inclusivamente vendê-lo como escravo ou até matá-lo.

6. TESTANDO A TEORIA

6.1. O Problema

Por forma a compreendermos melhor as implicações da teoria do incumprimento eficiente, partiremos então de dois casos distintos:

A – O caso clássico da melhor oferta: Imaginemos que Ana consegue produzir caricas por 1€ cada, contratando com Bernardo que lhe venderia 100 caricas pelo preço de 2€ cada, as quais ele necessita para colocar nas garrafas de sumo que o próprio produzia. Assim, Ana teria 100€ de lucro, enquanto Bernardo, imaginemos, que conseguiria 50€ de lucro com a venda das garrafas nas quais utilizaria caricas adquiridas a Ana, sendo o total de lucro de 150€.

Suponhamos agora que Ana, após contratar com Bernardo mas antes de proceder à entrega, é abordada por Carlos que lhe propõe comprar as mesmas 100 caricas por 3€ cada. Aplicando a teoria do incumprimento eficiente, Ana deveria incumprir o contrato com Bernardo e vender as caricas a Carlos. Desta forma, Ana obteria 200€ de lucro podendo ainda ressarcir Bernardo pelos 50€ que perdeu pelo não cumprimento do contrato.

B – Cláusulas de não concorrência: Caso polémico, ocorrido no Brasil, retirado de um acórdão do Tribunal de São Paulo, de 2008⁶⁰.

O caso em apreço reporta-se a uma publicidade de cerveja e culminou em interessantes debates sobre o incumprimento contratual do Brasil. Em suma: o cantor Zeca Pagodinho, famoso cantor popular, foi contratado pela cervejaria Schincariol para atuar em

⁶⁰ Cfr. Apelação n.º 7155293-9, TJ-SP, j. em 09-04-2008.

campanha da marca Nova Schin. No contrato celebrado entre ambos constava uma cláusula de exclusividade e previsão de uma indemnização por incumprimento da mesma decorrente de culpa do contratante ou qualquer causa que dele advenha. O valor da indemnização equivalia à remuneração devida ao cantor, acrescida de 35%.

Após a celebração do mencionado contrato, o cantor atuou em nome de uma outra campanha, desta vez para uma cervejaria concorrente (Ambev), enaltecendo as qualidades da cerveja Brahma e se referindo à primeira (Nova Schin) como “*paixão de verão*”, violando desta forma o primeiro vínculo contratual, o qual se encontrava ainda em vigor.

Estes eventos desencadearam um litígio entre a Schincariol e o cantor, levantando-se as seguintes questões: poderia o cantor incumprir deliberadamente o contrato, em especial a cláusula de exclusividade, desvinculando-se do mesmo apenas mediante o pagamento da indemnização? Ou não se trataria a mesma de uma opção do devedor (pagar a indemnização contratualmente estabelecida ou realizar a prestação) já que a indemnização negociada poderia ser qualificada como insuficiente para compensar o incumprimento?

Em conclusão, poderia o cantor exonerar-se da obrigação apenas mediante o pagamento da indemnização como se de uma obrigação alternativa se tratasse?

Propomo-nos, no presente capítulo, a desenvolver criticamente as soluções que nos são apresentadas, concretamente no âmbito da *common law* assim como na *Civil Law*, avaliando desta forma as implicações que comportam os diversos sistemas.

6.2. O sistema anglo-saxónico

No âmbito da *common law*, várias são as doutrinas sensíveis à economia. Estas doutrinas formam um sistema que, tal como já fomos esclarecendo ao longo do presente trabalho, pretende induzir as pessoas a comportarem-se de forma eficiente em toda a sua interação em sociedade e, como consequência, afirmam que cada contrato deverá ter na sua origem uma negociação (*bargain e consideration*) pelo que limita a tutela jurídica a contratos onerosos⁶¹.

Partindo do exemplo A, segundo os economistas, o incumprimento eficiente não seria apenas lucrativo para, neste caso, a Ana, mas sim para a sociedade de um ponto de vista geral

⁶¹ Cfr. FERNANDO ARAÚJO, *Teoria Económica do Contrato*, Almedina, 2007, pp. 1026 e ss.

uma vez que todas as partes se encontram melhor e nenhuma se encontra pior. No entanto, não podemos abranger com esta teoria todos os casos em que uma melhor oferta surge: a oferta tem que ser melhor o suficiente para que a parte incumpridora possa compensar a outra parte e ainda obter lucro com isso!^{62/63} Caso contrário, o incumprimento não será eficiente pelo que não será *justificável*.

Relativamente ao segundo exemplo, à luz do pragmatismo característico dos sistemas de *common law*, a solução para o problema apresentado encontra-se no pagamento da indemnização devida, em substituição da prestação a que o devedor se encontrava obrigado. Este pensamento é precisamente aquele que vem a ser estudado pela Análise Económica do Direito. Isto porque, sistema anglo-saxónico, ao contrário do sistema romano-germânico, dá primazia à restituição por equivalente em detrimento da restituição natural, ou seja, a indemnização não é subsidiária mas sim principal.

Deverá o devedor estar apto a incumprir o contrato ao qual se encontra vinculado reparando os prejuízos que daí advenham se, dessa forma, se chegar a uma solução mais eficiente do que a que ocorreria se o contrato fosse pontualmente cumprido.

Ou seja, no presente caso, importava averiguar se o pagamento recebido pelo cantor como contrapartida da sua atuação em nome da segunda marca de cerveja compensaria o pagamento da indemnização à primeira, ainda obtendo lucro após a liquidação desse mesmo valor, assim como colocando a cervejaria Schincariol na mesma situação em que estaria se o contrato tivesse sido cumprido.

No entendimento de POSNER⁶⁴, ao prever uma indemnização (consequência pecuniária pelo incumprimento de uma obrigação), as partes – no pleno exercício de sua *liberdade contratual* – estabelecem (economicamente) uma opção ao devedor: cumprir ou pagar. Essa opção é, *ab initio*, de pleno conhecimento do credor. Esta mesma indemnização é negociada com a finalidade de suprir a falta da prestação, avaliando e antevendo as partes o risco que decorre de um eventual incumprimento contratual (os 35% que acresciam à remuneração

⁶² Cfr. Cfr. GEORGE A. BREMANN; JAMES R. GORDLEY; MATHIAS W. REIMANN, “Why no “efficient breach” in the Civil Law?: Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 55, n.º 4, 2007, p. 724 e 725

⁶³ Note-se que não existe qualquer ponderação de prevenção, apenas de incentivo à eficiência.

⁶⁴ Cfr. RICHARD POSNER, “Let’s Never Blame a Contract Breaker”, *Michigan Law Review*. Vol. 107. n.º 8, jun., 2009, pp. 1349-1363

devida ao cantor estabelecidos inicialmente como indenização deveriam cobrir os prejuízos que o credor sofreria decorrentes do incumprimento).

Para POSNER, o fundamento racional para a responsabilidade civil é a eficiência, pelo que o instituto é modelado no sentido de induzir as partes a adotar medidas preventivas e maximizar o valor das atividades interdependentes. O objetivo da responsabilidade civil parece, então, ser o de obter um ideal de prevenção que seja economicamente eficiente.⁶⁵

Este autor fala-nos na seguinte premissa: os recursos contratuais devem dar à parte um incentivo para cumprir a prestação, a não ser que o resultado se concretize num uso ineficiente de recursos.⁶⁶ Neste âmbito parece-nos que apenas os danos expectáveis providenciam um incentivo ao cumprimento se, e só se, o cumprimento se demonstrar eficiente. No âmbito deste pensamento, seria necessário então averiguar se o incumprimento por parte do cantor se demonstrou eficiente para o mesmo, se lhe proporcionou uma melhoria de bem-estar assim como, por outro lado, garantir que o credor não se encontra numa situação pior do que a que estaria no caso de as obrigações a que se vincularam as partes tivessem sido cumpridas.

Segundo esta perspetiva, se o incumprimento contratual for compensado pelo pagamento de determinada quantia que coloca a parte contrária na mesma posição em que estaria, no caso de o contrato ter sido pontualmente cumprido, então esta é uma substituta perfeita à prestação a que o devedor se encontrava obrigado, estando em perfeita harmonia com a vontade das partes.

Essa solução reconhece que os custos, para o devedor, do cumprimento da prestação podem exceder o benefício do credor em ver a prestação cumprida. Nesse caso, diz-se que o cumprimento é ineficiente. Eficiente seria o incumprimento. Haveria, portanto, *efficient breach* sempre que o benefício para o credor em ter a prestação cumprida se demonstrasse inferior ao custo para o devedor em cumpri-la.

Posto isto, o devedor poderia incumprir, desvinculando-se do vínculo obrigacional mediante determinado pagamento. O *saldo líquido* do contrato será positivo, por isso, seria eficiente.

⁶⁵ Cfr. IZHAK ENGLAND, *The Philosophy of Tort Law*, Dartmouth Publishing Company, 1993, pp. 40 e ss.

⁶⁶ Crf. RICHARD A. POSNER, *Economic Analysis of the Law*, 1972, pp. 56 – “contract remedies should... give the party to a contract an incentive to fulfill his promise unless the result would be an inefficient use of resources”.

Ademais, este sistema encontra-se preocupado em proteger a posição do credor, o que requer compensá-lo por qualquer alteração na sua posição que decorra da expectativa de que o devedor cumpriria pontualmente o contrato, ou seja, colocando o credor na mesma posição em que estaria se não tivesse existido o incumprimento. Assim, é necessário fornecer ao credor os lucros que seriam expectáveis aquando a celebração do contrato, colocando-o na posição em que estaria no caso de o devedor ter cumprido a sua prestação.

Pelo exposto, se o presente problema fosse resolvido à luz da teoria do incumprimento eficiente, o cantor teria apenas que pagar à Schincariol a indemnização que estabeleceram contratualmente. Na falta de disposição semelhante, então seria necessário calcular uma indemnização adequada, que cobrisse os prejuízos e colocasse a credora na situação em que estaria se o contrato tivesse sido pontualmente cumprido (*expectation remedy*).

Parece-nos que esta solução não é satisfatória no que toca a assegurar o bem-estar da credora assim como certificar-se de que a mesma não ficará numa situação pior do que a que se encontraria se o contrato tivesse sido pontualmente cumprido.

Senão vejamos: ainda que no primeiro caso apresentado atinente ao aparecimento de uma melhor oferta (caso A) os prejuízos causados a Bernardo se possam considerar totalmente ressarcidos e nenhuma das partes ter ficado numa situação pior do que aquela em que estaria no caso de o contrato ter sido pontualmente cumprido, no caso B já não é bem assim. Ao atuar em nome de uma marca de cerveja concorrente, o cantor levou a que a Schincariol perdesse clientes a favor desta entidade terceira para efeitos contratuais. Ou seja, ainda que lhe seja devolvida a retribuição paga ao cantor pelo seu trabalho, mesmo acrescida da indemnização pelo incumprimento, esta poderá ser insatisfatória relativamente aos prejuízos que a credora obteve derivados deste mesmo incumprimento. Isto porque estamos perante situações imprevisíveis, sendo utópica a ideia de que poderemos determinar *ab initio* as repercussões que um incumprimento deste tipo poderá ter na esfera comercial da primeira contratante.

Outrossim, não há neste pensamento qualquer preocupação de prevenção geral, de evitar comportamentos idênticos que causam prejuízo a uma das partes contratuais. Isto porque a parte que incumpre não sai prejudicada da relação, pelo contrário. Desta forma a confiança contratual inquina, a desvinculação às obrigações torna-se aleatória e segurança jurídica revela-se enfraquecida.

6.3. A solução no sistema romano-germânico

O ordenamento jurídico português, como sistema romano-germânico da *civil law* que é, tem inerentes diversos obstáculos à aplicação da Teoria do Incumprimento Eficiente do contrato.

Primeiramente, podemos realçar a cláusula geral de boa-fé prevista no artigo 227.º n.º 1 do nosso Código Civil, e que afirma que “quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte”. À semelhança do que acontece em outros ordenamentos de origem romano-germânica (o ordenamento jurídico brasileiro por exemplo) entende-se, em Portugal, que o incumprimento deliberado contraria a boa-fé objetiva, uma vez que esta impõe às partes deveres acessórios de conduta que têm em vista a cooperação entre as partes a fim da boa execução do contrato – “deveres de lealdade, de esclarecimento, de colaboração e de proteção”.⁶⁷ É esta a interpretação que tem sido acolhida pelos tribunais portugueses relativamente ao atual artigo 227.º.

O segundo obstáculo prende-se com o artigo 334.º e o instituto do abuso do direito. Teoricamente, poderemos considerar o incumprimento eficiente deliberado como abuso do direito e, portanto, ilícito nestes termos. Ao incumprir voluntariamente o contrato, a parte estaria a exceder os limites dos seus direitos contratuais, atribuindo-lhes finalidade diversa da contratualmente estabelecida e da economicamente expectável. Sendo um instituto puramente objetivo, o abuso do direito não está sujeito à culpa do agente ou de qualquer elemento subjetivo específico⁶⁸, podendo ser utilizado como entrave à aplicação do incumprimento eficiente.

Como terceiro obstáculo, encontramos o princípio do cumprimento pontual do contrato, previsto no artigo 406.º do Código Civil, e que já tivemos a oportunidade de desenvolver na presente dissertação.⁶⁹

⁶⁷ Acórdão do STJ, processo n.º 03B573 de 12-06-2003, relator Santos Bernardino, disponível em www.dgsi.pt.

⁶⁸ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º 2889/2008-6, relator Pereira Rodrigues, disponível em www.dgsi.pt.

⁶⁹ Cfr. Capítulo 4.

O quarto obstáculo consiste na inexistência de obrigação alternativa nos casos de incumprimento eficiente. Se as partes pretendiam dar ao devedor a opção de cumprir ou indemnizar, então deveriam ter estipulado contratualmente que se encontravam perante uma obrigação alternativa, nos termos do artigo 543.º do Código Civil e aí sim, haveria a opção expressa e legalmente sustentada entre cumprir a prestação ou pagar a indemnização, escolha esta que – na falta de estipulação em contrário – pertence ao devedor.

Ora estando o instituto das obrigações alternativas previsto no nosso Código Civil, não parece correto tratarmos o incumprimento eficiente da mesma forma, uma vez que se tratam de institutos distintos e que, se as partes assim o quisessem, teriam a possibilidade de prever.

Por último, e talvez o mais importante obstáculo a aplicação do incumprimento eficiente no nosso ordenamento jurídico, prende-se com o carácter subsidiário que a restituição por equivalente desempenha no sistema romano-germânico, sendo o principal instituto o da restituição natural (em oposição ao sistema anglo-saxónico). Este carácter subsidiário abarca uma consequência que, por si só, é um grande obstáculo ao incumprimento eficiente e prende-se com o facto de o credor não se encontrar obrigado a aceitar a indemnização em caso de incumprimento. Pelo contrário, poderá obter através da via judicial a execução da prestação a que o devedor se encontrava obrigado. Ora nas palavras de CALVÃO DA SILVA⁷⁰, com as quais concordamos, “nenhuma outra sanção é mais adequada e eficaz do que aquela que obrigue o devedor a prestar exatamente o que prometeu: *dare, facere* ou *non facere*”. Para o sistema romano-germânico, o cumprimento e execução *in natura* é, em princípio, apto a satisfazer plenamente o interesse do credor, sendo preferível ser alcançado um cumprimento tardio da prestação do que transformá-la num incumprimento definitivo. O dever de indemnizar surge como dever secundário de prestação, em substituição do dever primário de cumprir, ainda que por vezes coexistam simultaneamente como é o caso da mora ou atraso no cumprimento, em que há um ressarcimento do dano moratório cumulável com a realização coativa da prestação (artigo 829.º-A).⁷¹

Nos termos do artigo 817.º, “não sendo a obrigação voluntariamente cumprida, tem o credor o direito de exigir judicialmente o seu cumprimento e de executar o património do devedor”. O credor tem assim ao seu alcance “duas ações a que se refere este artigo: *ação*

⁷⁰ Ob. Cit. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, Almedina, 2007

⁷¹ *Ibidem*.

declarativa de condenação do devedor na realização da prestação (art. 10.º, n.º 3-b), CPC) e *ação executiva* para realização coativa da prestação (art. 10.º, n.º 4, CPC)”.⁷² Excecionalmente, poderá mesmo o credor satisfazer o seu direito sem necessidade da propositura de uma ação, concretamente através da *ação direta*, quando seja impossível recorrer em tempo útil aos meios coercivos normais para realização ou garantia do direito (artigo 336.º), sendo meios de autotutela o direito de retenção sobre coisas móveis (artigo 758.º) a exceção de não cumprimento do contrato (artigo 428.º), a resolução do negócio jurídico por incumprimento (artigo 801.º, n.º 2) e a compensação (artigo 847.º).⁷³

A ação de cumprimento e execução específica acaba então por ser a melhor solução – à luz do nosso ordenamento jurídico – contra a não realização da prestação devida, e ainda poderemos encontrar nela um escopo sancionatório uma vez que a melhor forma de reforçar o escopo vinculativo das obrigações é fazê-las respeitar e cumprir.⁷⁴

Hipótese diversa é a dos casos em que existe uma lícita renúncia à execução específica prevista no contrato ou por convenção das partes. Se considerarmos a indemnização consagrada num contrato com vista a ressarcir os prejuízos decorrentes do seu incumprimento enquanto cláusula penal – o que parece ser – então poderemos equacioná-la como uma espécie de *acordo prévio* das partes no sentido de abdicar da reconstituição natural em prol da indemnização. Neste sentido, o Tribunal da Relação de Lisboa oportunamente afirmou que “a cláusula penal é a convenção através da qual as partes fixam o montante da indemnização a satisfazer em caso de eventual incumprimento do contrato (incumprimento definitivo ou de simples mora). Com ela é fixado previamente o montante da indemnização devida. Nestes casos não há que averiguar se o credor sofreu ou não prejuízos e muito menos qual o seu montante, em caso afirmativo”.⁷⁵ O credor previamente abdica da restituição natural em prol da restituição por equivalente como manifestação da sua autonomia contratual.

Num acórdão recente do Supremo Tribunal de Justiça que atenta precisamente ao tema das cláusulas penais, o mesmo afirmou: “I. A recorrente pretende que a cláusula penal, malgrado o seu carácter sancionatório, se situe nos parâmetros do dano efetivo, esquecendo

⁷² Cfr. ANA PRATA (Coord.), *Código Civil Anotado*, Vol. I (artigos 1.º a 1250.º), Almedina, 2017

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ Cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, Almedina, 2007, Nota de Rodapé n.º 261.

⁷⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º 11246/2005-7, de 15-12-2005, relator Pimentel Marcos, disponível em www.dgsi.pt.

que o fim da cláusula é não só a indemnização pelo incumprimento, fixada a *forfait*, mas também compelir o devedor a cumprir, não sendo, por isso, aferida pelo valor matemático do incumprimento, desde logo por ser fixada *ex ante*. II. A cláusula penal, tendo um fim punitivo só será ilegítima se houver uma chocante desproporção, entre os danos que previsivelmente o devedor causar com a sua conduta, e a indemnização prevista na cláusula para os ressarcir. [...] IV. A não ser assim, não teria qualquer função coercitiva ou compulsória uma cláusula penal que equivalesse ao valor real dos danos: não seria dissuasora do incumprimento.”⁷⁶

A cláusula penal define-se como “estipulação por que o devedor promete ao seu credor uma prestação para o caso de não cumprir ou de não cumprir perfeitamente a obrigação”⁷⁷, englobando as cláusulas penais indemnizatórias e compulsórias.⁷⁸

As cláusulas penais vêm previstas nos artigos 810.º e seguintes do Código Civil e expressam precisamente a possibilidade de “fixar por acordo o montante da indemnização exigível”, assim como o carácter alternativo da obrigação de prestar o devido ou pagar a indemnização correspondente, uma vez que não pode o credor “exigir cumulativamente, com base no contrato, o cumprimento da obrigação principal e o pagamento da cláusula penal”. O cúmulo do cumprimento e da pena significaria uma de duas coisas: “admitir uma cláusula penal puramente compulsória-sancionatória (*penalty clause*) ou admitir, duas vezes, a indemnização ao credor, uma [através da] cláusula penal, que é uma indemnização à *forfait*, outra [através da] indemnização segundo as regras gerais”.⁷⁹ O legislador vincou assim a sua posição no sentido de não admitir, de forma alguma, a aplicação em simultâneo da cláusula penal e da indemnização (segundo as regras gerais), admitindo apenas o ressarcimento do dano excedente, nos termos do n.º 2 do artigo 811.º do CC.

Neste último caso, ainda não olvidando o carácter incitador ao cumprimento contratual que é inerente às cláusulas penais, podemos então admitir que a solução encontrada pelo nosso ordenamento jurídico para as situações em que existe uma renúncia à execução específica é sim idêntica à solução trazida pelo incumprimento eficiente. Desta forma, não podemos negar a sua existência no nosso ordenamento jurídico, ainda que com contornos

⁷⁶ Acórdão do STJ, processo n.º 2042/13.7TVLSB.L1.S2, de 19-06-2018, relator Fonseca Ramos, disponível em www.dgsi.pt.

⁷⁷ Cfr. NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Cláusulas Acessórias ao Contrato*, 2.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2005

⁷⁸ *Ibidem* - As cláusulas penais indemnizatórias têm por finalidade liquidar a indemnização devida em caso de não cumprimento; as cláusulas penais compulsórias visam compelir o devedor ao cumprimento e/ou sancionar o não cumprimento.

⁷⁹ *Ibidem*.

distintos aos defendidos pela Análise Económica do Direito, e que temos vindo a explicitar no presente trabalho.

Voltando então aos exemplos previamente mencionados (casos A e B), teriam então as seguintes soluções:

No primeiro caso, o Bernardo poderia então exigir judicialmente que Ana cumprisse a prestação a que se encontrava obrigada e lhe vendesse as caricas ao valor acordado de 2€ cada. Se, pelo contrário, houver perda de interesse na prestação por parte de Bernardo (imaginemos que derivado da mora de Ana, Bernardo teve que adquirir as caricas a outro fornecedor), hipótese que consubstancia “perda do interesse do credor” reconduzível no nosso ordenamento jurídico não disposto no artigo 808.º do Código Civil, então ele poderia resolver o contrato por incumprimento definitivo imputável a Ana, peticionando ainda a indemnização correspondente.

A falta de cumprimento e mora imputáveis ao devedor encontra-se plasmada no Livro II do Código Civil, artigo 798.º e seguintes.

Segundo o preceituado neste mesmo artigo, “o devedor que falta culposamente⁸⁰ ao cumprimento a obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor”. Nestes termos, tratando-se de um contrato bilateral, o credor tem ainda direito, independentemente da indemnização, a resolver o contrato e, se já tiver realizado a sua prestação (imaginando que Bernardo já tinha pago as caricas a Ana – pagamento da retribuição), exigir a sua restituição por inteiro (artigo 801.º, n.º2 do CC).

O Direito Civil preocupa-se igualmente com a reconstituição ao credor da situação em que o mesmo se encontraria se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação, ou seja, o incumprimento contratual pelo que, imaginando que Bernardo adquiriu as caricas a um preço mais elevado do que aquele a que se tinha vinculado com Ana, então essa diferença também lhe deveria ser ressarcida.

A indemnização é então calculada tendo em consideração “não só o prejuízo causado, como os benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão” (artigo 564.º do CC).

⁸⁰ “Incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação no procede de culpa sua”, presunção de culpa do devedor, artigo 799.º, n.º1 do Código Civil.

Em suma, Bernardo deveria optar inicialmente pela reconstituição natural e, apenas se esta já não lhe fosse satisfatória, uma vez que terá perdido o interesse na mesma decorrente da mora de Ana, aí então poderia peticionar a restituição por equivalente alcançando assim um montante indemnizatório.

No que concerne ao caso B, tratando-se de uma cláusula de exclusividade, é uma prestação de facto negativo, ou seja, o devedor encontra-se obrigado a não praticar algum ato. A prestação de facto negativo encontra-se prevista no artigo 829.º do Código Civil. Podemos entender que esta doutrina deve ser aplicada mesmo que o facto praticado pelo devedor não tivesse um resultado material suscetível de demolição (como um muro por exemplo), mas fosse possível repor as coisas no seu estado anterior.⁸¹

Assim, no presente caso, e abraçando a ideia de que as partes são livres de renunciar à execução específica e, pelo contrário, coadunarem-se por uma cláusula penal por elas estabelecida, sendo esta lícita, então a credora tinha direito apenas à indemnização que estabeleceu pela via contratual, levando ao mesmo resultado que obteríamos através do Incumprimento Eficiente. Ainda que a cláusula penal possa, no presente caso, não se demonstrar benéfica para a credora, somos de acolher o pensamento de que deve ser respeitado o estabelecido contratualmente entre as partes, uma vez que – no âmbito da sua autonomia contratual – decidiram prever uma consequência para o incumprimento contratual.

Caso distinto seria se não existisse qualquer cláusula penal contratualmente estabelecida, podendo a credora exigir judicialmente que fossem eliminadas todas as formas de divulgação da propaganda feita pelo cantor à marca de cerveja concorrente (por exemplo), de acordo com a interpretação dada ao artigo 829.º, assim como exigir uma indemnização que se coadune com os prejuízos efetivamente sofridos (nomeadamente lucros cessantes decorrentes da perda de clientela, danos morais pela lesão do bom nome da marca...).

6.4. Complexidade Prática da Indemnização

A Teoria do Incumprimento Eficiente leva qualquer leitor menos familiarizado com o tema a absorver uma simplicidade na matéria questionando-se até: se quem incumpre indemniza a outra parte por forma a que esta não se encontre numa situação pior à que estaria, então qual é o problema?

⁸¹ Cfr. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. II, 4.ª Ed. Rev. e Anotada, Coimbra Editora, 2010, anotações ao artigo 829.º.

Pois bem, não será assim tão simples. Quando pensamos na reconstituição natural abraçada (e bem) pelo nosso ordenamento jurídico, como resulta do artigo 562.º e do n.º 1 do art. 566.º, a solução é simples: o devedor cumpre a obrigação a que se encontrava vinculado e o credor encontra-se na posição em que sempre pretendeu estar. É respeitado o contrato que foi estabelecido entre as partes.

Caso distinto é quando se figura necessário calcular o montante indemnizatório adequado ao caso em concreto. Tal poderá ocorrer ou porque a reconstituição natural já não é possível⁸² (imaginando que, no caso A, as caricas foram extraviadas ou, no caso B, o cantor ficou sem voz), ou porque por algum motivo a mesma se demonstre excessivamente onerosa para o devedor^{83/84}, ou porque não cobre todos os danos sofridos pelo credor⁸⁵, tal como previsto no artigo 566.º do CC. A indemnização em dinheiro tem assim carácter subsidiário.

A este respeito importa distinguir qual o interesse contratual que deverá ser indemnizado: se o *interesse contratual positivo* (também denominado interesse no cumprimento) ou o *interesse contratual negativo* (também denominado interesse na confiança).

Relativamente a primeiro, ao interesse contratual positivo, entendemos que a indemnização, em caso de responsabilidade do devedor por não cumprimento da sua prestação, que se encontra prevista no artigo 798.º, obedece ao regime legal do artigo 562.º, sendo o “evento que obriga à reparação” a falta culposa ao cumprimento, não cumprimento ou cumprimento defeituoso.⁸⁶ Por outro lado, o credor lesado deve ser colocado – através da indemnização – na posição em que estaria se o devedor tivesse cumprido pontualmente o contrato. “O prejuízo para o credor corresponde ao *interesse contratual*

⁸² “A impossibilidade da prestação pode ser *material* (morte da pessoa atropelada; consumo, destruição ou perecimento de coisa não fungível) ou *jurídica* (alienação sucessiva do mesmo imóvel a duas pessoas, a última das quais registou a aquisição a seu favor” – PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. II, 4.ª Ed. Rev. e Anotada, Coimbra Editora, 2010, anotações ao artigo 566.º.

⁸³ Caso em que existe uma manifesta desproporção entre o interesse do lesado, que importa recompor, e o custo que a reparação natural envolve para o responsável.

⁸⁴ Ou até nos casos (no âmbito da *common law*) em que o incumprimento eficiente é aceite e não existe a estipulação *a priori* do montante indemnizatório.

⁸⁵ Caso da insuficiência da restituição natural – “a mesma não cobre todos os danos (a reparação da viatura não compensa o utente quanto à privação do seu uso durante o período do conserto) ou quando não abrange todos os aspetos em que o dano se desdobra (o tratamento clínico do atropelado ou agredido não compensa as dores físicas que ele teve).” – PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. II, 4.ª Ed. Rev. e Anotada, Coimbra Editora, 2010, anotações ao artigo 566.º

⁸⁶ Cfr. PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. II, Coimbra Editora, 2008

positivo, “aquele que resultaria para o credor do cumprimento curial do contrato”.⁸⁷ O interesse contratual positivo é então o interesse no cumprimento (tantos dos deveres de prestação principal como de vinculação válida e eficaz – interesse na produção de certos efeitos jurídicos⁸⁸) e o prejuízo que será ressarcido através da indemnização surgiu por causa do não cumprimento ou do cumprimento defeituoso. Utilizando o critério da causalidade para o preenchimento da responsabilidade pelo lesante, nos casos de falta culposa ao cumprimento, estabelece-se entre o incumprimento e o evento lesivo.

Ao interesse positivo ou interesse no cumprimento contrapõe-se o interesse negativo ou interesse na confiança, a que se referem, substancialmente, os artigos 898.º e 908.º do Código Civil, como interesse na não celebração do contrato. Segundo estas disposições, trata-se do interesse a que corresponde o dano sofrido por o lesado “ter confiado na validade da celebração”. Nestes termos, deverá o credor lesado ser colocado na situação em que estaria se não tivesse confiado na validade da declaração ou no poder de representação para emitir essa mesma declaração, ou se o contrato não tivesse sido celebrado devendo ser-lhe ressarcidas, por um lado, as despesas tornadas inúteis, decorrentes da confiança na celebração do contrato, assim como os lucros cessantes decorrentes da confiança na declaração ou no poder de representação ou até mesmo, devido à celebração do contrato, ter “desviado” os seus recursos e a sua atividade de outras aplicações, inclusive concluindo outros negócios eventualmente válidos, eficazes e lucrativos.⁸⁹

POLINSKY entende que a proteção das expectativas é a única solução que gera incentivos de eficiência derivados do incumprimento contratual. Será o caso da indemnização pelo interesse contratual positivo. Isto porque, desta forma, a parte que incumpriu o contrato é forçada a reparar os danos sofridos pelo credor e imputáveis ao seu comportamento. Se uma terceira entidade está disposta a oferecer um montante superior por determinado produto, o vendedor encontra nesta atuação um incentivo ao incumprimento com vista à obtenção de maior lucro. Se o fizer, terá que compensar a outra parte contratual pelo valor que esta já tenha liquidado, assim como pelo que seria expectável adquirir através da aquisição de tal produto.⁹⁰

⁸⁷ *Ibidem*, *Ob. Cit.*

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ A respeito da complexidade prática da indemnização, leia-se o subcapítulo 6.4.

Devemos, no entanto, refletir sobre o seguinte: se a proteção das expectativas tem como objetivo colocar o credor na mesma situação em que estaria se a prestação do devedor tivesse sido efetivamente cumprida, então para o credor seria indiferente, por um lado o cumprimento do contrato e efetiva prestação do devido, ou a indemnização pelo incumprimento, por outro. O que iremos demonstrar é que a indemnização pelo interesse contratual positivo – a proteção das expectativas relacionadas com o cumprimento do programa contratual – por norma acaba por ficar aquém dos danos efetivamente provocados pelo incumprimento contratual.

Pegando no exemplo da Ana e do Bernardo (caso A), se a Ana incumprir o contrato, Bernardo poderá (no nosso ordenamento jurídico) pedir uma indemnização pela proteção das suas expectativas, isto é, pela diferença entre o preço acordado com Ana e o preço de mercado de caricas semelhantes. Uma vez que se trata de um produto fungível, ou seja, Bernardo conseguiria encontrar outro fornecedor de caricas para as garrafas que produz, não causaria grande inconveniente. Uma vez que não teria que pagar um valor superior pelas mesmas, Bernardo seria colocado exatamente na posição em que estaria caso o contrato tivesse sido pontualmente cumprido.

Caso distinto é precisamente o do cantor Zeca Pagodinho (caso B), uma vez que se trata de um contrato que tem como objeto uma prestação infungível que depende das especiais qualidades artísticas do devedor. A cervejaria não poderia simplesmente procurar um novo artista que fizesse a propaganda uma vez que contratou com este específico cantor pelas suas especiais qualidades artísticas. Na verdade, o “preço de mercado” para uma prestação infungível acaba por não ser real. Pelo contrário, é uma construção – envolve comparações aproximadas entre prestações que na verdade são distintas da prestação devida em vários aspetos (no caso concreto o local onde se encontraria o novo cantor, o valor retributivo que este pratica, a altura diferente em que iria atuar...).⁹¹

Evidentemente a necessidade de ponderar fatores subjetivos e qualitativos deixará sempre uma margem de inverificabilidade culminando numa eventual subindemnização do lesado. Por outro lado, haverá igualmente lugar a uma sobrecompensação se a indemnização for calculada pelo custo de conclusão (restituição natural a expensas do devedor) abrindo lugar a uma renegociação entre as partes por forma a alcançar um valor intermédio.

⁹¹ Cfr. MELVIN A. EISENBERG, “Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law”, *California Law Review*, Vol. 93, pp.975-1050 (2005)

Em conjugação da indemnização peticionada pela diferença entre o valor contratado e o valor do mercado, encontramos igualmente o problema dos lucros que o credor perdeu em consequência do incumprimento contratual (também abrangidos na indemnização pelo interesse contratual positivo – lucros cessantes decorrentes do incumprimento contratual). A verdade é que os tribunais, por norma, requerem um grau de certeza quanto à aferição dos danos, demonstrando pouca ou nenhuma sensibilidade quando a conceções de “probabilidade”. Não é assim suficiente que o credor demonstre que a prestação a que o devedor estava obrigado lhe traria eventuais lucros, os quais terá (provavelmente) perdido em consequência do incumprimento.⁹² Pelo contrário, ele terá que demonstrar o montante exato dos lucros que teria obtido com um grau suficiente de certeza, ou seja, com provas concretas o que, na prática, se revela perto de impossível sendo a ideia de tal certeza uma utopia.

Por último, apontaremos ainda três outros motivos pelos quais a indemnização pela proteção das expectativas raramente – se é que alguma vez poderemos conferir que tal aconteça – coloca o credor numa posição de indiferença entre a realização da prestação devida e o pagamento da indemnização: os custos inerentes a um litígio judicial (uma vez que o credor nunca incorreria nestes custos se o devedor tivesse cumprido o contrato), e o risco de o devedor ser declarado insolvente durante o período em que o incumprimento se deu, e o momento em que o credor é efetivamente indemnizado.⁹³

Posto isto, conseguimos então compreender o motivo pelo qual o ordenamento jurídico português adotou (e bem) a reconstituição natural como principal objetivo. Tal como já tivemos a oportunidade de observar, esta é a melhor forma de proteger efetivamente a expectativas do credor, uma vez que não correremos riscos de subindemnização ou sobrecompensação pois apenas é restabelecido o que já havida sido contratualmente estipulado pelas partes.

6.5. Limites à eficiência do incumprimento

Devemos ponderar o facto de que o incumprimento eficiente pode envolver a sua margem de ineficiência e, consequentemente, de *oportunismo*⁹⁴.

Assim, há três situações a equacionar:⁹⁵

⁹² *Ibidem*.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ Sobre este tema, cfr. FERNANDO ARAÚJO, *Teoria Económica do Contrato*, Almedina, 2007, pp. 746 e ss.

a) Nada exclui que o devedor utilize o incumprimento eficiente enquanto ameaça relativamente ao credor. Isto pode ocorrer seja porque o devedor sabe que o credor não admite a figura e, por esse motivo, não aceita uma indemnização, seja porque se apercebeu de vulnerabilidades no credor e utiliza a ameaça como meio de aquisição de contrapartidas redistributivas⁹⁶;

b) A ineficiência judicial e os custos de litigância, aliados a fatores de tempo e de risco podem levar a uma subcompensação na indemnização que acaba por se paga, ou seja, o credor acaba por aceitar um valor ainda que reconheça não ser suficiente ou justo, por ponderação aos custos judiciais e o tempo despendido em litígio.

c) Por último, os objetivos de prevenção geral de dissuasão da interferência de terceiros em desrespeito da relatividade das obrigações contratuais, de dissuasão e conluio, do enriquecimento à custa da frustração de expectativas alheias, preservação dos vínculos contratuais e do ambiente geral da confiança, podem tornar ineficiente (do ponto de vista civilista) mesmo a mais perfeita via do incumprimento eficiente.

Mas como lidar com a margem de oportunismo que parece ser um risco avultado na aceitação da figura do incumprimento eficiente?

FERNANDO ARAÚJO entende que uma forma de lidar com esta situação é a devolução do prestado e a entrega do puro enriquecimento indevido. No nosso ordenamento jurídico seria então de aplicar o instituto do enriquecimento sem causa, previsto nos artigos 473.º e seguintes, concretamente “aquele que, sem causa justificativa, enriquecer à custa de outrem é obrigado a restituir aquilo com que injustamente se locupletou”.

Para que exista enriquecimento sem causa é necessário o preenchimento de quatro pressupostos⁹⁷:

- i. a existência de um enriquecimento;
- ii. que ele careça de causa justificativa;

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ Ver exemplo mencionado no ponto 3.1.

⁹⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo n.º 1867/08.0TBVIS.C1, de 02-11-2010, reator ISAÍAS PÁDUA, disponível em www.dgsi.pt

- iii. que o mesmo tenha sido obtido à custa do empobrecimento daquele que pede a restituição;
- iv. que a lei não faculte ao empobrecido outro meio de ser restituído/indemnizado (caráter subsidiário).

Ainda que sendo uma solução aceitável de *iure constituto* relativamente a determinadas situações, parece-nos, no entanto, uma visão um pouco simplista do problema, uma vez que se revela na prática difícil fazer frente a todas as situações em que uma situação de oportunismo ocorra. Por exemplo, na situação b), ainda que se admitissem estar preenchidos os pressupostos do enriquecimento sem causa, o credor preferiu receber a indemnização (ainda que inferior àquela a que tinha direito) do que suportar as demoras judiciais assim como os custos que comportaria a interposição de uma ação judicial com vista à restituição do montante a que teria direito por via do enriquecimento sem causa.

Assim, do ponto de vista económico, o oportunismo de mais não passa do que uma expressão de um poder monopolista que deve ser desencorajado, enquanto o incumprimento eficiente não oportunista resulta única e exclusivamente da constatação de que aquilo que pareciam ser as condições contratuais mais favoráveis e eficientes para as partes – no momento da celebração do contrato – deixaram mais tarde de o ser, concretamente no momento do cumprimento das obrigações contratuais. Neste último caso, não se figura como necessário ou defensável – na perspetiva economista – o desencorajamento deste comportamento na medida em que estejam reunidos os pressupostos da melhoria de *Pareto*.

Por outro lado, na perspetiva de uma melhor proposta surgir (*gain-seeking*), a Teoria do Incumprimento assenta em dois pressupostos: primeiro, que a indemnização compensará plenamente o credor que ele será colocado numa posição de indiferença entre a realização da prestação e o incumprimento⁹⁸; segundo, que o devedor sabe o valor que a sua prestação tem em concreto para o devedor. Relativamente ao primeiro pressuposto, se pensarmos no âmbito de um produto/serviço/facto que exista em grande abundância no mercado (uma prestação fungível), então a Teoria do Incumprimento Eficiente em pouco ou nada se demonstra efetivamente eficiente pois o montante em que a melhor proposta irá ser superior ao preço contratado acaba por ser o montante dos danos do credor.⁹⁹ Relativamente a prestações

⁹⁸ Como já tivemos oportunidade de explicar no subcapítulo 6.4., isto raramente ou nunca acontece.

⁹⁹ Cfr. MELVIN A. EISENBERG, “Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law”, *California Law Review*, Vol. 93, pp.975-1050

infungíveis, o credor raramente (se é que alguma vez) se demonstrará indiferente entre a realização da prestação e o pagamento da indemnização, como já tivemos oportunidade de esclarecer no subcapítulo imediatamente anterior.

No que concerne ao segundo pressuposto, no momento de contratar com vista à realização de uma prestação infungível, o devedor saberá, por norma, qual o fim que o credor pretende dar à prestação, sabendo igualmente que para o credor essa prestação terá, à partida, um valor superior ao contratualmente estabelecido. No entanto, não irá o credor indicar ao devedor quais os lucros que espera obter derivados da realização da prestação uma vez que o valor do contrato decorre de uma negociação e não seria vantajoso para o credor demonstrar o quanto estaria disposto a pagar na realidade.¹⁰⁰

Assim, pelo aqui exposto, falha a eficiência do incumprimento, caindo desta forma o pilar de toda a Teoria do Incumprimento Eficiente, uma vez que seria necessário que o credor, a par do devedor, fosse colocado igualmente numa posição melhor ou, no mínimo, indiferente, relativamente à que estaria caso o contrato tivesse sido cumprido.

Aceitar o Incumprimento Eficiente, tal e qual como ele nos é apresentado por autores como POSNER, seria rejeitar a reconstituição natural em detrimento da restituição por equivalente e, consequentemente, abrir caminho a que a margem de oportunismo e, até mesmo, de ineficiência.

7. INTERFERÊNCIA DE TERCEIROS

Tal como já referimos no âmbito da noção de contrato, este é caracterizado no Direito Civil essencialmente pela sua relação plurilateral, envolvendo, pelo menos, duas partes contratuais.

Existe assim um esforço no seio do nosso ordenamento jurídico em manter terceiros afastados de uma relação contratual, uma vez que tais interferências poderiam culminar numa insegurança contratual (tanto aquando a celebração do mesmo como na manutenção do vínculo e das expectativas contratuais).

¹⁰⁰ *Ibidem*.

No entanto, relativamente a estes “terceiros”, importa a questão da *eficácia* ou *ineficácia externa* das obrigações – saber se um terceiro que colabora com o devedor na violação de uma relação jurídica obrigacional é responsável perante o credor pelas consequências dessa mesma violação, para além do devedor.

A doutrina tradicional (defendida entre nós, nomeadamente, por VAZ SERRA, MANUEL DE ANDRADE, ALMEIDA COSTA e ANTUNES VARELA) nega a possibilidade de admissão de tal responsabilidade, uma vez que se apoiam no argumento clássico da eficácia *inter partes* das obrigações. Pelo contrário, FERRER CORREIA e PESSOA VAZ, entre outros, admitem a responsabilização de terceiros e a *eficácia externa das obrigações*. Ainda assim, existem posições intermédias que admitem a eficácia externa das obrigações mas dentro de certas limitações.¹⁰¹ O motivo pelo qual a doutrina e a jurisprudência se debatem largamente relativamente a este tema é precisamente a inexistência, no nosso direito positivo, de qualquer preceito que consagre resolutamente a existência ou inexistência da eficácia externa das obrigações.

Sobre este tema, pronunciou-se em 2011 o Supremo Tribunal de Justiça¹⁰², referindo em suma: “I) É tradicional e prevalente na doutrina portuguesa a teoria que nega a eficácia externa das obrigações, assente na clássica concepção da relatividade dos direitos de crédito que, no contexto contratual, apenas podem ser violados pelas partes, em contraposição com os direitos reais que são oponíveis *erga omnes*. II) Não sendo de acolher, em regra, a teoria da eficácia externa das obrigações ao abrigo da qual se poderá imputar a terceiro a violação do direito de crédito do Autor, no apertado circunstancialismo dos requisitos da responsabilidade delitual, só se poderia concluir pela culpa de terceiro, na frustração contratual do direito do Autor se se puder afirmar que a sua actuação foi dolosa, visando deliberadamente a frustração desse interesse. [...] V) Sem a prova de factos que revelem a existência de nexo de causalidade adequada entre o facto voluntário ilícito e culposo não se pode considerar a existência da obrigação de indemnizar – art. 483º, nº1, do Código Civil – já que os requisitos aí previstos são cumulativos. VI) Não se podendo factualmente afirmar uma relação de causalidade adequada entre a actuação da Ré e a cessação ou ruptura do contrato que o Autor celebrou com terceiro, nem que a conduta da Ré foi dolosa ou sequer interferente na execução

¹⁰¹ Cfr. MARIA DE FÁTIMA ABRANTES DUARTE, *O pacto de preferência e a problemática da eficácia externa das obrigações*, Lisboa, AAFDL (1989)

¹⁰² Acórdão do STJ, processo n.º 245/07.2TBSBG.C1.S1, de 20-09-2011, relator Fonseca Ramos, disponível em www.dgsi.pt

do contrato-promessa, não se pode concluir que os danos pela frustração do contrato-promessa, que se considerou terem sido sofridos pelo Autor, tivessem sido causados pela actuação da recorrente.”

Interpretando o mencionado acórdão, parece-nos que, no entendimento do Supremo Tribunal de Justiça, para que exista obrigação de terceiro em indemnizar o lesado pelo incumprimento contratual do devedor, é necessário uma atuação dolosa – com intuito de frustrar o interesse credor – por parte desse terceiro, assim como um nexo de causalidade entre essa mesma atuação e a rutura contratual, remetendo para os requisitos do artigo 483.º do Código Civil.

No âmbito do Incumprimento Eficiente interessa-nos em concreto saber em que situações poderá um terceiro ser responsabilizado pelo incumprimento e, em consequência, conjuntamente responsável pelo pagamento da indemnização ao credor.

A intenção principal será então evitar que determinado contrato seja posto em causa ou fique refém de intenções maliciosas de um terceiro que, por algum motivo, se conluie com a outra parte. Distinta desta situação é aquela em que a interferência de terceiro é meramente concorrencial numa prestativa de mercado, sendo portanto totalmente lícita, para a qual se deverá recorrer à tutela contratual.

Poderemos assim distinguir entre a interferência no contrato *stricto sensu* e a interferência delitual, *tortious ou wrongfull interference*. Para compreendermos esta última figura, iremos analisar um litígio apresentado no Supremo Tribunal do Texas, caso CLEMENTS v. WITHERS.¹⁰³ Na origem deste litígio encontrava-se um contrato de mediação imobiliária celebrado entre WITHERS e HALL, no qual WITHERS figurava como mediador imobiliário e HALL era o proprietário de um terreno. Ficou contratualmente estabelecido que WITHERS iria então procurar um comprador para o terreno de HALL e, como contrapartida, receberia deste uma comissão. Acontece que, CLEMENTS, um terceiro para efeitos contratuais, quando soube da celebração deste contrato, tentou persuadir WITHERS a vender-lhe o terreno sem que este recebesse a comissão que lhe era devida, dizendo que iriam adquirir o mesmo (ele e a sua mulher) custasse o que custasse e fazendo o que fosse preciso, “éticas à parte”. WITHERS recusou a proposta então CLEMENTS entrou em contacto com HALL, incitando-o a vender-lhe

¹⁰³ Cfr. DON G. HORTON, “Torts - Tortious Interference with Unenforceable Contract”, 21 *Baylor Law Review* 402 (1969)

diretamente o terreno e dizendo que ele próprio pagaria a comissão de WITHERS. HALL vendeu então o terreno e, escusado será dizer, que nenhuma comissão foi paga a WITHERS, tendo este interposto a presente ação contra CLEMENTS (terceiro), com base no incumprimento contratual de HALL por aquele induzido.

Ora, no caso em apreço, impunha-se averiguar se poderia ou não CLEMENTS ser responsabilizado pelo incumprimento do contrato. O tribunal foi então claro, explicando que um comprador poderá contactar tanto o mediador imobiliário como o proprietário do terreno diretamente, desde que a comissão do mediador fosse liquidada ou pelo proprietário do terreno, ou pelo comprador. No entanto, o Réu não se ficou por aí, tendo induzido HALL a não pagar a comissão a WITHERS pelo que, além de qualquer responsabilidade contratual, ele será responsável por dolo, tendo sido considerada a conduta do Réu como *tortious interference*.

Assim, a decisão do tribunal do Texas vem então de encontro ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça que referimos no presente capítulo, que responsabiliza o terceiro pelo incumprimento contratual quando a sua interferência seja culposa e dolosa, com o intuito de sabotar o contrato celebrado entre as partes (havendo nexos de causalidade entre a rutura contratual e a atuação de terceiro) causando prejuízos a pelo menos uma delas. Pelo contrário, a interferência *stricto sensu* poderá decorrer apenas num mercado de livre concorrência, em que existe uma interferência de um terceiro mas que em nada é dolosa ou comporta qualquer culpa.

O problema, no âmbito da Teoria do Incumprimento Eficiente, será distinguir entre a normal promoção de soluções mais eficientes no seio de um mercado que consubstancia a oferta por um terceiro de condições mais vantajosas sendo própria da concorrência, daquele que será o aliciamento do terceiro ao incumprimento. Pode o terceiro ter-se limitado a alertar uma ou ambas as partes do contrato para as vantagens do incumprimento eficiente, como também poderá incentivar uma das partes a incumprir ainda que não se encontrem reunidas as condições do incumprimento eficiente.

8. REFLEXÕES CONCLUSIVAS

Como temos vindo a expor ao longo da presente dissertação, é inegável a envolvimento da economia no âmbito do Direito e, em especial, no que toca ao Direito Contratual, que nos propusemos aqui a desenvolver.

Tal como referido ao longo do presente trabalho, o fenómeno contratual não deixa de ser o vínculo através do qual os indivíduos coordenam as condutas nas quais se traduz a atividade económica. No âmbito da liberdade contratual, inerente ao princípio da autonomia privada que serve como um dos pilares do Direito das Obrigações, os sujeitos são livres de estabelecer os efeitos jurídicos que se irão repercutir na sua esfera jurídica, elaborando comandos que irão vigorar entre eles no âmbito da relação contratual que decidiram estabelecer.

A Teoria do Incumprimento Eficiente, que nos comprometemos a desenvolver e compreender, estabelece então um meio de desvinculação unilateral ao contrato celebrado, ainda que não lhe sendo alheio o dano que possa causar à outra parte. Assim, pretende encontrar um nível indemnizatório que seja tão próximo da realização da prestação que coloque o credor numa posição de indiferença perante a realização da mesma e a compensação pelo seu incumprimento. Como tivemos oportunidade de expor, pensar que isto poderá acontecer na prática não deixa de ser uma ideia utópica, considerando todos os problemas que o cálculo da indemnização comporta.

Ainda assim, não nos será possível negar a existência de uma figura no nosso ordenamento jurídico que acaba por ir de encontro às soluções adotadas pela Teoria do Incumprimento Eficiente (ainda que não comporte no seu cerne os mesmos fundamentos que levaram ao desenvolvimento desta teoria) que são as cláusulas penais inseridas no âmbito de um contrato.

A Teoria do Incumprimento Eficiente tem em vista a possibilidade de desvinculação unilateral de uma relação contratual quando, por um lado, uma melhor proposta surja ou, por outro, quando o cumprimento da mesma se torne demasiado oneroso, mediante o pagamento de uma indemnização. As cláusulas penais, por sua vez, consistem em fixar previamente o montante da indemnização devida em caso de incumprimento contratual, o que acaba por permitir igualmente uma desvinculação unilateral do contrato mediante o pagamento de uma indemnização.

Reconhecendo ainda que os fundamentos que estiveram presentes na criação destas cláusulas se prendam com um caráter incitador ao cumprimento contratual, assim como um cariz sancionatório ao incumprimento (sendo por vezes até estipulado um valor superior ao efetivo prejuízo da outra parte precisamente com esse intuito de impelir o cumprimento e aplicar uma espécie de sanção quando o mesmo não ocorra), teremos que admitir que a solução encontrada pelo nosso ordenamento jurídico para situações deste tipo é sim idêntica à solução trazida pela Teoria do Incumprimento Eficiente: há uma desvinculação unilateral, que ocorre mediante o pagamento de uma indemnização à outra parte e que não exige uma renegociação com o credor.

Não deixando de apoiar o primado que o nosso ordenamento jurídico concede à reconstituição natural em detrimento da restituição por equivalente, não podemos também ignorar a autonomia das partes em querer estabelecer uma via para a desvinculação contratual que considerem adequada, renunciando à execução específica. Quando estabelecida, deverá ser respeitada.

Desta forma, não podemos negar a existência de um Incumprimento Eficiente no nosso ordenamento jurídico, ainda que com contornos e nomenclatura distintos aos defendidos pela Análise Económica do Direito.

Pelo exposto ao longo da presente dissertação, somos de defender a autonomia privada das partes. A decisão entre cumprir a prestação ou indemnizar pelo seu incumprimento não deverá ser uma escolha que caiba unilateralmente ao devedor, sem que o credor possa reagir contra a mesma, o que aconteceria se admitíssemos largamente a adoção da Teoria do Incumprimento Eficiente (uma vez que esta defende apenas ideais de eficiência). Neste caso, o credor seria obrigado a aceitar a indemnização, mesmo que na prática não fosse colocado numa posição igual à que estaria caso a prestação tivesse sido cumprida.

Situação distinta é aquela em que as partes, no âmbito da sua liberdade contratual, decidem inserir uma cláusula penal no contrato, comprometendo-se a aceitar o pagamento desse montante caso um incumprimento contratual venha a surgir. O credor aceita este facto de livre vontade, não sendo uma decisão que parta somente do devedor.

Em suma, não devemos olhar para a Teoria do Incumprimento Eficiente como um sistema impossível de coadunar com ideais de *justiça*. Devemos sim pensar em que moldes poderia esta teoria funcionar no âmbito de um ordenamento jurídico de cariz romano-germânico como o nosso, se é que o nosso ordenamento já não se encarregou de a adotar de uma forma que não fira os princípios gerais do Direito das Obrigações.

BIBLIOGRAFIA

AL-TAWIL, Tareq, “The Efficient Breach Theory, The Moral Objection”, em *Griffith Law Review*, Vol. 20, n.º 2, 2011, pp. 449 e ss.

ARAÚJO, Fernando, *Teoria Económica do Contrato*, Almedina, 2007

BARBOSA, Mafalda Miranda, “A Recusa de Conformação do jurídico pelo económico: Breves Considerações a propósito da Responsabilidade Civil”, *Impactum Coimbra University Press*

BREMANN, George A.; GORDLEY, James R.; REIMANN, Mathias W., “Why no “efficient breach” in the *Civil Law*?: Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 55, n.º 4, 2007, pp 721 e ss.

BRONZE, Fernando José, *Lições de Introdução ao Direito*, 2.ª Ed., Coimbra Editora, 2010

COASE, Ronald, “The Problem of Social Cost”, *The Journal of Law and Economics*. Vol. 3. Charlottesville: University Of Virginia School of Law, 1960, pp 87 e ss.

COSTA, Mariana Fontes, *Da Alteração Superveniente das Circunstâncias – Em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais*, Almedina, 2017

CORDEIRO, António Menezes, *Direito das Obrigações*, 2.º Vol., AAFDL, 1999

CORDEIRO, António Menezes, “Do Abuso do Direito: Estado das Questões e Perspetivas”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 65-Vol. II, 2005, Artigos Doutrinais, disponível em <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2005/ano-65-vol-ii-set-2005/artigos-doutrinais/antonio-menezes-cordeiro-do-abuso-do-direito-estado-das-questoes-e-perspectivas-star/>

DUARTE, Maria de Fátima Abrantes, *O pacto de preferência e a problemática da eficácia externa das obrigações*, Lisboa, AAFDL, 1989

EISENBERG, Melvin A., “Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law”, *California Law Review*, Vol. 93, pp. 975 e ss.

ENGLARD, Izhak, *The Philosophy of Tort Law*, Dartmouth Publishing Company, 1993

FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, Almedina, 2004

FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro e COSTA, Mariana Fontes, “Sobre os efeitos de crises financeiras na força vinculativa dos contratos”, *Estudos comemorativos dos 20 anos da FDUP*, Vol. 2, Almedina, 2017, p. 175 e ss.

HOLMES, Oliver Wendell, Jr. “*The Path of the Law*”, 10. Harv. L. Rev. 457, 462, *The American Journal of Comparative Law*, 1987, pp. 457 e ss.

HORTON, Don G., “Torts - Tortious Interference with Unenforcible Contract”, 21 *Baylor Law Review* 402, 1969, pp. 402 e ss.

KAUFMANN, Arthur, *Filosofia do Direito*, 5.^a Ed., Fundação Calouste Gulbenkian, 2014

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, Vol. I , 13.^a Ed., Almedina, 2016

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações, Transmissão e Extinção das Obrigações; Não Cumprimento e Garantias do Crédito*, Vol. II, 12.^a Ed., 2018

LIMA, Pires e VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. II, 4.^a Ed. Revista e Anotada, Coimbra Editora, 2010

LOURENÇO, Paula Meira, *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, (2006)

MACNEIL, Ian R. , “Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky”, 68 *Va. L. Rev.* 947, 1982, pp. 947 e ss.

MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito das Obrigações – Apontamentos*, 2.^a Ed. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2004

NAVES, Márcio Bilharinho, *A Questão do Direito em Marx*, São Paulo, 2014

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, *Cláusulas Acessórias ao Contrato*, 2.^a Ed., Almedina, Coimbra, 2005

PARETO, Vilfredo, “Considerations on the fundamental principles of pure political economy”, *Routledge*, editado por Roberto Marchionatti and Fiorenzo Mornati, 2007

PARISI, Francesco, “Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics”, *European Journal of Law and Economics*, vol. 18, , Amsterdão: Kluwer Academic Publishers, 2004, pp. 259 e ss.

PINTO, Paulo Mota, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. II, Coimbra Editora, 2008

POLINSKY, A. Mitchel, “An Introduction to Law and Economics”, *Aspen Law & Business*, 2.^a Ed., 2011

POSNER e LANDES, “The economic Structure of tort law”, *Harvard University Press*, United States of America, 1987

POSNER, Richard A., “Wealth Maximization and Tort Law: A Philosophical Inquiry”, em David G. Owen, *The Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford, 1997, pp. 99 e ss.

POSNER, Richard A., “Let’s Never Blame a Contract Breaker”, *Michigan Law Review*. Vol. 107. n.º 8, jun., 2009, pp. 1349 e ss.

POSNER, Richard A., *Economic Analysis of Law*, 8.^a Ed., Aspen Publishers, 2011

PRATA, Ana, (Coord.), *Código Civil Anotado*, Vol. I (artigos 1.º a 1250.º), Almedina, 2017

SIDHU, Dawinder S., “The Immorality and Inefficiency of an Efficient Breach”, 8 *Transactions: Tenn. J. Bus. L.* 61, 2006, pp. 61 e ss.

SILVA, João Calvão, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, Almedina, 2007

TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito das Obrigações*, 7.^a Ed., Coimbra Editora, 2010

TELLES, Inocêncio Galvão, *Manual dos Contratos em Geral*, 4.^a Ed., Coimbra Editora, 2010

VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. 1, 9.^a Edição, 1996

VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 7.^a Ed., 1997

WARKOL, Craig S., “Resolving the Paradox between Legal Theory and Legal Fact: The Judicial Rejection of the Theory of Efficient Breach”, *20 Cardozo L. Rev.* 321, 1998, pp. 321 e ss.

JURISPRUDENCIA

Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão de 19-06-2018, processo n.º 2042/13.7TVLSB.L1.S2, Relator: Fonseca Ramos, disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão de 12-11-2013, processo n.º 1464/11.2TBGRD-A.C1.S1, Relator: Nuno Cameira, disponível em www.dgsi.pt

Acórdão de 20-09-2011, processo n.º 245/07.2TBSBG.C1.S1, de 20-09-2011, Relator: Fonseca Ramos, disponível em www.dgsi.pt

Acórdão de 12-06-2003, processo n.º 03B573 de, Relator: Santos Bernardino, disponível em www.dgsi.pt.

Relação de Lisboa

Acórdão de 24-04-2008, processo n.º 2889/2008-6, Relator: Pereira Rodrigues, disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão de 15-12-2005, processo n.º 11246/2005-7, Relator: Pimentel Marcos, disponível em www.dgsi.pt

Relação de Coimbra

Acórdão de 02-11-2010, processo n.º 1867/08.0TBVIS.C1, Relator: Isaías Pádua, disponível em www.dgsi.pt

Tribunal de Justiça de São Paulo – Brasil

Apelação n.º 7155293-9, TJ-SP, j. de 09-04-2008, disponível em www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/jurisprudencias/ZECA_ACORDAO1.pdf